

LA
THÉORIE DU RENVOI
EN DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le samedi 15 décembre 1934 à 14 heures

PAR

MAXIMILIEN PHILONENKO

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. RIPERT, *Professeur*

Assesseurs { MM. BARTIN, *Professeur*
NIBOYET, *Professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR¹)

—
1934

LA THÉORIE DU RENVOI
EN DROIT COMPARÉ

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

LA THÉORIE DU RENVOI EN DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le samedi 15 décembre 1934 à 14 heures

PAR

MAXIMILIEN PHILONENKO

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. RIPERT, Professeur

*Assesseurs { MM. BARTIN, Professeur
 NIBOYET, Professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

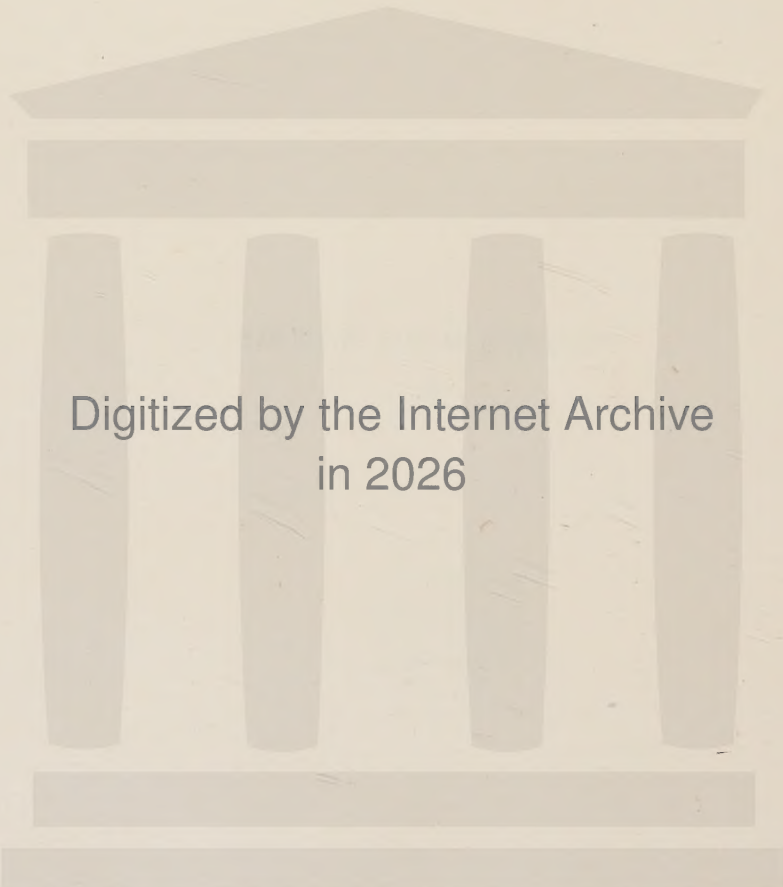
20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1934



PRÆCEPTORIBUS NOSTRIS

S.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551811_0013

AVANT-PROPOS

Cet ouvrage est consacré à l'étude du célèbre problème du renvoi en droit international privé, problème réputé pour sa difficulté, parce que ne pouvant être envisagé et étudié utilement qu'en liaison avec les principes fondamentaux du droit international privé. De ce fait, il nous a paru que son examen devait s'instituer sur la base solide des décisions jurisprudentielles minutieusement étudiées dans le développement logique et juridique des idées qui s'y manifestent, ainsi que dans la recherche historique de leur évolution, seule garante de leur autorité qui en définitive repose, dans la matière du droit international privé plus peut-être que dans aucune autre branche du droit, sur les profondes convictions des peuples, suite des idées et des principes depuis longtemps reçus et pratiqués.

A ce point de vue, la jurisprudence des tribunaux italiens constitue une base de recherches incomparable. Non seulement, elle se distingue par la richesse des motifs, l'ampleur des discussions juridiques, mais aussi par le désir de s'attacher à l'évolution historique des idées et les dégager ainsi des hasards éphémères de la loi écrite.

Ces considérations nous ont dicté le plan de notre ouvrage qui, dans sa composition définitive, reflète la méthode que nous avons adoptée. Nous avons d'abord recueilli dans la mesure où cela nous était possible, les décisions de la jurisprudence touchant à la question et nous les avons étudiées dans l'ordre chronologique, en dégagant les idées contenues dans chaque décision et leur évolution à travers les décisions ultérieures.

Cette partie de notre travail constitue le Livre deuxième du présent volume, livre de sources. Chaque décision s'y trouve reproduite *in extenso* et suivie d'un commentaire.

De ce fait, le lecteur peut se référer tout le temps à nos sources et se former une idée de la manière dont nous les avons

interprétées ainsi que vérifier l'exactitude des conclusions que nous en tirons.

Quand nous avons terminé cette partie de l'ouvrage, nous avons cherché dans les diverses décisions l'expression ou la manifestation des diverses idées et arguments qui ont été versés aux débats. Nous les étudions dans la partie théorique de cet ouvrage qui constitue le Livre premier de ce volume.

Des références précises permettent de se rapporter au fur et à mesure de la lecture au Livre deuxième, livre des sources.

Nous avons rapproché la jurisprudence italienne de la jurisprudence étrangère. Mais ces rapprochements sont relativement peu nombreux, parce qu'il nous a paru que les jurisprudences étrangères ne sont guère comparables à la jurisprudence italienne quant à l'excellence et à l'ampleur des motifs de ses décisions.

Nous avons aussi relativement peu examiné les opinions doctrinales, parce que celles-ci ne se sont pas formées de la même manière que nos propres opinions, c'est-à-dire par l'étude systématique de la jurisprudence italienne qui, même en Italie, n'a pas jusqu'à présent été étudiée dans toute la mesure qu'elle mérite.

Les qualités de cette jurisprudence qui sont très grandes, nous ont permis, il nous semble, d'arriver à formuler certaines théories générales qui, dans leur portée, ne sont pas limitées au droit italien proprement dit.

LIVRE PREMIER

CHAPITRE PREMIER

§ 1.

POSITION DU PROBLÈME

Qu'est-ce donc que le renvoi ? Dans le sens général du terme, c'est un effet de la prise en considération de la règle de droit international privé de la loi étrangère normalement applicable (1).

Et dans cet ordre d'idées, deux hypothèses principales peuvent se présenter.

I. — La règle de conflit de la loi étrangère se borne à limiter l'application de cette loi à son propre territoire. Si le juge saisi accepte ses indications, il s'abstiendra d'attribuer à cette loi étrangère, confinée par sa propre volonté aux limites de son territoire, un effet extra-territorial quelconque et acceptera *hoc sensu* la théorie du renvoi (2).

II. — Ou la règle de la loi étrangère contiendra indication quant à la loi applicable et ici trois cas doivent être distingués :

1. Ou la règle de conflit de la loi étrangère renvoie à la *lex fori* (3).

(1) Voyez Genova, 11 avril 1870 et notre commentaire, L. II, § 2 *bis* et suiv., ainsi que Turin, 22 décembre 1870, L. II, § 3 *bis*.

(2) Milan, 15 juin 1899, L. II, § 16 et notre commentaire, § 16 *bis*.

(3) Sénat Milanais, xviii^e siècle, L. II, § 1.

2. Ou elle renvoie à une loi tierce généralement quelconque (1).

3. Ou elle renvoie à elle-même (2).

Si le juge saisi suit ces indications, il y a acceptation du renvoi. S'il se décide à appliquer au contraire la loi étrangère en faisant abstraction de ses propres indications quant à la loi applicable, il rejette le renvoi.

Toutes ces hypothèses se rapportent aux cas où la loi étrangère normalement applicable est déterminée par les règles de conflit de la *lex fori*.

Mais elles peuvent également se reproduire, quand la loi étrangère intervient sans puiser son titre à application dans les règles de la loi des juges saisis, mais dans la nature même des faits du litige.

Ainsi, dans les arrêts de la Cour de cassation de Turin du 22 décembre 1870 (3) et du 17 juin 1874 (4), la loi étrangère est retenue et ses règles de conflit prises en considération sans que les règles de conflit de la *lex fori* l'indiquent à titre de loi applicable.

En effet, dans ces deux espèces, il s'agissait du sort des biens immobiliers situés dans les États Pontificaux et, si des termes du premier arrêt, il ne suit pas avec certitude que le *de cujus* n'était pas un sujet pontifical, c'est exprimé nettement dans le second arrêt qui indique que le *de cujus* était sujet italien.

Dès lors, d'après la règle de l'article 8, ce serait la loi italienne qui était applicable et aucune disposition parmi celles des règles de conflit de la loi italienne n'indiquait la loi pontificale.

Par conséquent, la loi pontificale devenait la loi normalement applicable en dehors des textes, en vertu de certains principes généraux que nous chercherons à dégager, — mais cela étant acquis, la question de la prise en considération des règles de conflit de cette loi étrangère normalement applicable se posera nécessairement de la même façon que dans les cas où son application résulte d'un texte de la *lex fori*.

(1) Cour de cassation de Naples, 5 janvier 1920, L. II, §§ 23, 23 *bis*.

(2) Cour d'appel de Florence du 28 juin 1927, L. II, §§ 24, 24 *bis*.

(3) L. II, §§ 3, 3 *bis*.

(4) L. II, §§ 5, 5 *bis*; cf. aussi Milan, 1^{er} juillet 1872, L. II, §§ 4, 4 *bis*.

§ 2.

UTILITÉ DE CETTE ANALYSE

Quelle est l'utilité de cette analyse? Elle nous apparaît en ce que, le problème ayant été posé ainsi d'une manière très générale, un certain nombre d'objections formulées contre le renvoi peuvent être immédiatement écartées, ou en d'autres et meilleurs termes, peut-être, dépassées. Elles ne visent en effet que tel ou tel autre aspect particulier du problème qui se manifesterait dans une des hypothèses que nous avons présentées, sans se maintenir à propos d'une autre, — preuve manifeste de ce que ces objections n'atteignent pas l'essence même de la théorie et ne s'attaquent qu'aux traits accidentels propres seulement à une hypothèse déterminée.

Il en est ainsi pour donner un exemple et ne pas rester dans l'abstraction de l'objection célèbre de la raquette, image de Pillet (1), — ou du cabinet des miroirs, — de Franz Kahn (2). On sait à quoi elle se réduit. Qu'on se place dans l'hypothèse où la loi étrangère indiquée par la règle de conflit de la *lex fori* renvoie à son tour à celle-ci : alors, on se demande pourquoi la *lex fori*, si elle a envoyé déjà une fois à la loi étrangère, n'y renverrait-elle pas encore une fois, car qu'y a-t-il de changé dans la position du problème du fait du renvoi par la loi étrangère à la *lex fori*? Celle-ci, appelée à trancher de nouveau la question, pourquoi déciderait-elle autrement cette seconde fois, ce qu'elle avait décidé la première fois, placée exactement devant le même problème? *Quid juris mutatur?*

De même à son tour la loi étrangère saisie de nouveau de la question par l'envoi de la *lex fori*, pourquoi n'y renverrait-elle pas pour la seconde fois, comme elle l'avait fait la première fois? C'est comme au tennis où d'habiles joueurs peuvent se renvoyer la balle un nombre infini de fois, ou comme

(1) Pillet et Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, 1924, n° 312 b.

(2) Kahn, *Iherings Jahrbücher*, 30, 21.

dans une image encore plus frappante, celle de deux miroirs opposés et parallèles, une figure quelconque une fois reflétée dans un des miroirs va se reproduire dans le miroir opposé, se verra reflétée de nouveau dans le premier miroir et ainsi sans fin.

Mais, quelque saisissante qu'apparaisse à première vue cette critique, au fond elle ne porte pas : car propre à la seule hypothèse que nous avons décrite, elle est entièrement étrangère à toutes les autres que nous avons dégagées et où la même question essentielle, celle de l'autorité à attribuer aux règles de conflit de la loi étrangère, se présente sous des aspects différents.

En effet, à ne passer de l'hypothèse de la *Rückverweisung* que nous venons d'envisager à l'hypothèse de la *Weiterverweisung* et l'objection s'évanouit.

La loi tierce à laquelle renverrait la loi normalement applicable peut ne pas contenir une règle de conflit qui renverrait à son tour de nouveau à cette loi ou même à une autre loi quelconque.

Le renvoi réciproque entre deux lois pouvant se prolonger à l'infini n'aura pas ainsi lieu.

Qu'on suppose, par exemple, qu'il faille se prononcer à Paris sur la capacité d'un Anglais domicilié au Danemark ou en autre pays où la capacité est subordonnée à la loi du domicile.

Le juge français considérera d'abord la loi anglaise à titre de loi nationale de l'intéressé, celle-ci renvoyant à la loi du domicile, il considérera par conséquent la loi danoise, celle-ci subordonnant la capacité à la loi du domicile, s'affirmera ainsi définitivement à titre de loi applicable.

Qu'on accepte ou rejette le système du renvoi, en tous cas sa réduction à l'absurde par les raisonnements de Pillet et de Franz Kahn n'est plus possible.

Leur critique, à la supposer même vraie au fond dans le cas précis de *Rückverweisung*, n'atteint pas l'essence de la théorie, parce qu'elle n'a pas de prise sur certaines hypothèses de la *Weiterverweisung*.

Il en sera de même pour l'hypothèse où la règle de conflit de la loi étrangère ne tend qu'à limiter l'application de celle-ci au territoire soumis à sa propre souveraineté.

De même, la situation sera tout à fait semblable dans le cas où la loi normalement applicable, en vertu de ses propres règles de conflit, s'affirmera aussi à titre définitif, — ce qui n'est d'ailleurs qu'une variété de la *Weiterverweisung* (1).

Enfin, si comme nous l'avons vu à propos des arrêts de Turin (2), la loi étrangère devient applicable en dehors de toute indication du chef des règles de conflit de la *lex fori*, la prise en considération de ces règles de conflit, même s'il en résultait un renvoi à la *lex fori*, ne pourrait pas provoquer le mouvement d'oscillation entre les deux lois, parce que dans l'hypothèse envisagée la règle de conflit de la *lex fori* ne renverrait pas à la loi applicable en premier lieu, cette loi étant appliquée pour des raisons différentes que les indications contenues dans la *lex fori*.

Par conséquent, cette objection capitale formulée contre la théorie du renvoi n'entre pas en ligne de compte si on envisage la théorie dans toute son ampleur, c'est-à-dire sous la forme de la question plus générale de l'autorité qu'il convient d'attribuer aux règles de conflit d'une loi étrangère intervenant dans un litige donné.

Or, il est arrivé que la jurisprudence italienne s'est trouvée dès 1870 (3) en présence du problème dans sa forme générale, et cette circonstance a déterminé le caractère élevé et approfondi de la discussion du problème, qui continue jusqu'à ce jour à diviser les avis des jurisconsultes. C'est à ce point de vue très général que nous l'examinerons aussi, — le problème du renvoi *stricto sensu* se réduisant ainsi à un des aspects particuliers de cette question générale.

(1) Voir par exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Florence du 28 juin 1927, L. II, §§ 24, 24 *bis*.

(2) *Supra*, p. 2.

(3) Arrêt de la Cour de Gênes, L. II, §§ 2, 2 *bis*.

§ 3.

QUELLE MÉTHODE CONVIENT-IL D'ADOPTER DANS CES RECHERCHES ?

Celle qui nous permettrait de pénétrer le mieux le jeu des principes généraux, c'est-à-dire des principes qui devraient s'imposer en dehors des textes du droit positif et inspirer la pensée du législateur lors de leur rédaction. A ce point de vue l'étude du droit italien paraîtra particulièrement intéressante. En effet, les dispositions préliminaires du Code civil comprennent les articles 6 et 8 qui résolvent dans ces termes clairs et précis envisagés au point de vue littéral des questions importantes du droit international privé.

Le texte de l'article 8 dispose de la manière suivante par rapport aux successions :

« Le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine di succedere, si a circa la misura dei diritti successorii e l'intrinseca validità delle disposizioni sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino. »

Le texte de l'article 6 édicte une règle aussi nette par rapport aux questions d'état et de capacité des personnes et de famille :

« Lo stato e la capacità delle persone e i loro rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello stato a cui esse appartengono. »

Les termes catégoriques de ces dispositions légales « exclusives de toute doute », comme les a caractérisés l'arrêt de la Cour de Gênes de 1870 (1), font beau jeu à ceux qui cherchent à faire prévaloir ces dispositions sur toute règle contraire ou différente d'une loi étrangère.

En effet, quoi de plus facile que, en attribuant le caractère impératif aux articles 6 et 8, de se retrancher derrière leur lettre ?

(1) L. I, § 2.

*Sic volo, sic jubeo,
Sic pro ratione voluntas.*

Le législateur est souverain et le juge n'a qu'à les appliquer, du moment qu'ils sont clairs et précis dans leurs termes. Qu'il y ait des considérations d'ordre théorique ou pratique qu'on puisse faire valoir contre eux, soit. Mais, même si elles étaient justes, c'est au législateur à s'en inspirer en vue de la réforme de la législation, mais tant que celle-ci n'est pas faite, il n'appartient pas au juge de se substituer au législateur (1).

On ne s'étonnera donc pas que cette argumentation facile et péremptoire en même temps, voilant peut-être derrière sa teneur catégorique une certaine tendance au moindre effort, fut celle qui a été retenue dans le premier arrêt, celui de la Cour de Gênes de 1870, qui a eu à s'occuper du problème, de même que dans la décision la plus récente, dont nous faisons état dans cet ouvrage, arrêt de la Cour de cassation du Royaume de 1931. Cette manière de raisonner, qui ne s'inspire que de la lettre des textes de la loi positive, n'offrirait évidemment pas de grand intérêt théorique.

Mais dès 1870, on a combattu cette manière de voir et la thèse adverse, acceptée par la Cour de cassation de Turin, amena la cassation de l'arrêt de Gênes. Ainsi, une discussion juridique de haut intérêt fut engagée.

En effet, pour écarter l'application littérale des articles 6 et 8, il faut un effort d'interprétation considérable et une recherche approfondie dans le domaine des principes pour justifier des solutions différentes de celles qui résulteraient de la lettre des textes.

Ce sont par conséquent ces solutions et les motifs invoqués à leur appui qui devront retenir toute notre attention. Mais là ne s'épuise pas la discussion. L'importance même de l'effort de la jurisprudence qui cherchait à se soustraire à la lettre des articles 6 et 8, provoqua une réaction chez les tenants de la tendance adverse.

Ils s'employaient à démontrer qu'il y avait des raisons de fond qui s'imposeraient en faveur de la nécessité pour le juge

(1) Cour de Gênes, 1870, L. II, § 2 et Cour de cassation du Royaume, 19 décembre 1931, L. II, §§ 25, 25 bis.

de respecter rigoureusement le texte de ces articles. Une lutte passionnante s'engagea ainsi entre la critique et la défense, tel un combat autour d'un ouvrage fortifié. Des contributions des plus précieuses furent apportées ainsi à l'étude des principes. Ce caractère de la discussion nous recommande le plan suivant de nos développements ultérieurs.

Nous classerons et nous étudierons d'abord les arguments produits en faveur de l'application impérative et définitive des règles de conflit de la *lex fori*, des articles 6 et 8 tout spécialement, — nous étudierons ensuite les arguments de la doctrine adverse ; à la lumière de ces recherches, l'exposé des considérations sur les principes fondamentaux deviendra possible.

CHAPITRE II

ARGUMENTS TIRÉS DE TEXTES DE LA LOI POSITIVE PRIS DANS LEUR SENS LITTÉRAL

§ 1.

Comme nous l'avons déjà vu, c'est la Cour d'appel de Gênes qui, dans son arrêt de 1870 (1) en abordant, la première parmi les juridictions italiennes, notre problème, a fait valoir l'argument du texte de l'article 8.

Du moment que le texte de la loi est clair et précis, il importe peu qu'il rompe avec l'histoire en s'écartant des règles précédemment admises, qu'il soit contraire à certaines maximes de droit international privé et puisse paraître dès lors comme contestable au point de vue doctrinal, — qu'il soit enfin peu pratique, parce que se heurtant aux obstacles qui peuvent surgir à l'étranger contre l'application des décisions rendues sur son fondement ; tout ceci importe peu pour le juge. C'est l'affaire du législateur que de prendre en considération le cas échéant ces critiques ; pour le juge, au contraire, le devoir s'impose de l'appliquer tel quel du moment que ces termes sont clairs et précis, et que le législateur a voulu, ce qui résulterait du rapprochement des articles 7 et 8 des dispositions préliminaires, déroger à l'ancienne règle.

Un argument de la même nature se trouve dans l'arrêt de la Cour d'appel de Palerme de 1892 (2), qui déclare superfétatoire toute discussion au sujet de l'application de la loi nationale aux successions du moment que cette application résulte d'un texte écrit de la loi italienne, non sans essayer d'ailleurs d'étayer cette thèse par d'autres arguments dont il sera question plus loin à leur lieu et place.

(1) L. II, §§ 2, 2 *bis*, L. II, *supra*, p. 7.

(2) L. II, §§ 11, 11 *bis*.

La Cour de Venise (1) a aussi, dans son arrêt de 1895, mis en avant cet argument de texte, tout en l'appuyant à son tour par d'autres raisons que nous examinerons plus tard.

Comme la Cour de Gênes, elle considère qu'il importe d'adopter cette manière de voir sans se préoccuper de ce qu'une telle application peut avoir comme conséquence.

Peut-on considérer que la même opinion a aussi été adoptée par la Cour de Naples dans son arrêt du 21 juin 1895 (2), d'une façon très prudente, d'ailleurs en harmonie entière avec la teneur générale de cette décision, dans laquelle la Cour cherchait à ne s'engager qu'aussi peu que possible sur le terrain controversé dans la doctrine et la jurisprudence ?

Toutefois, il faut retenir cette expression de l'arrêt « qu'il suffit de faire remarquer que le législateur italien a abrogé avec l'article 8 la maxime *tot hæreditates quot territoria* en vertu d'un principe qu'on n'a pas le droit d'ignorer ». Faut-il interpréter cette expression dans le sens que l'article 8 est obligatoire parce qu'exprimant une règle de conflit du droit italien émanant du législateur, ou faut-il en retenir surtout le caractère impératif à cause de son interprétation par la Cour comme une décision de principe du législateur italien voulant rompre avec l'ancienne maxime *tot hæreditates quot territoria* ?

Le caractère impératif de la règle de l'article 8 des dispositions préliminaires est aussi invoqué dans l'arrêt du 5 décembre 1895 de la Cour de cassation de Florence (3), argument mentionné presque incidemment dans le cours d'une ample et riche discussion.

Selon sa jurisprudence traditionnelle dans cette matière, la Cour de Gênes, dans son arrêt du 15 avril 1904 (4), a de nouveau invoqué à titre d'argument principal le caractère impératif de l'article 8 en ajoutant que vouloir soumettre son application aux considérations tirées des inconvénients pratiques, notamment éviter le risque sinon la certitude de l'impossibilité d'exécution à l'étranger qui en résulteraient, équivaudrait à se mettre au-dessus du législateur, ce qui n'est nullement l'office du juge.

(1) L. II, §§ 12, 12 bis.

(2) L. II, §§ 13, 13 bis.

(3) L. II, §§ 14, p. 108 notamment.

(4) L. II, §§ 17, 17 bis.

Un arrêt récent de la Cour de Florence du 18 juin 1927 (1) déclare que l'article 8 sera interprété tel qu'il est, quelles que soient les préoccupations que cette interprétation puisse faire naître.

C'est enfin la Cour de cassation du Royaume qui, dans son arrêt du 19 décembre 1931, en faisant allusion aux diverses objections formulées à l'encontre de l'application intégrale et absolue de l'article 8, les déclare vaines, « parce que surmontées par une diverse appréciation du législateur ». « D'ailleurs », ajoute la Cour suprême, « la pensée du législateur se dégage clairement du choix qu'il a fait entre divers systèmes, et elle est trop connue pour y insister, étant donné qu'elle a été exprimée dans les termes précis et péremptoires en eux-mêmes » (2).

§ 2.

Cet argument de texte est-il vraiment d'une force invincible ?

Trois objections peuvent être formulées à l'encontre de cette manière de voir.

1. Le législateur l'a-t-il vraiment voulu ?
2. L'eût-il voulu, sa volonté doit-elle nécessairement s'imposer aux tribunaux ?
3. Est-il vrai de dire que les textes des articles 6 et 8 sont si clairs et si précis dans leur teneur, comme l'ont déclaré les décisions qui ont cherché à en tirer argument ?

Nous allons discuter ces trois questions dans les trois sections qui suivent.

SECTION PREMIÈRE

Le législateur italien l'a-t-il vraiment voulu ?

C'est la Cour de cassation de Turin qui s'occupe déjà dans l'arrêt du 22 décembre 1870 de cette question (3).

Elle casse l'arrêt de la Cour de Gênes qui a déclaré que le législateur a voulu, par l'article 8, déroger à la règle de l'arti-

(1) L. II, §§ 24, 24 *bis*.

(2) L. II, §§ 25, 25 *bis*.

(3) L. II, §§ 3, 3 *bis*.

cle 7 qui consacre le domaine traditionnel par rapport aux biens de la *lex rei sitæ* :

« Le législateur n'a pas eu l'intention, et il ne pouvait l'avoir, d'imposer aux autres États une innovation législative aussi hardie », et un peu plus loin :

« Libre au législateur italien d'accueillir la loi de l'étranger, mais prétendre la lui imposer est une proposition qu'il suffit de formuler pour la rejeter immédiatement. »

Qu'on retienne bien la manière dont raisonne la Cour. Elle parle, si nous pouvons nous exprimer ainsi, de la volonté nécessairement présumée du législateur. Il y a des limites posées à la volonté du législateur par la nature même des choses.

Il s'agit moins en effet de rechercher par rapport à l'article 8 la volonté réelle du législateur, que de constater *a priori* ce qu'en général il n'aurait même pas pu avoir voulu ; au delà de cette limite, la recherche de la volonté réelle n'est pas utile, car on sait d'avance qu'une telle volonté ne saurait même pas être découverte, parce que ne pouvant exister par définition.

C'est là l'essentiel de l'argument de la Cour de Turin. Comme nous l'avons déjà fait remarquer dans l'analyse de cet arrêt, les arguments puisés dans les travaux préparatoires ne viennent qu'en seconde ligne et à titre subsidiaire.

SECTION DEUXIÈME

Le législateur l'eût-il voulu, sa volonté doit-elle nécessairement s'imposer aux tribunaux ?

Ce qui importe, c'est que l'intention contraire aurait été au delà des limites dans lesquelles le législateur italien aurait pu statuer ; la loi, eût-elle dépassé cette limite, ne saurait plus être qualifiée dans le sens juridique du mot de loi, et la volonté du législateur n'aurait plus pu être considérée à titre de volonté légale avec tous les attributs d'impératif qui en sont le nécessaire apanage (1).

L'idée est profonde et intéressante. En effet, ces attributs impératifs ne sont-ils pas de l'essence même de la loi, sa teneur conçue sous la forme de commandement, n'en serait-elle qu'une manifestation extérieure ; serait-elle une loi si l'essentiel, c'est-

(1) Cour de cassation de Turin 1870, L. II, §§ 3, 3 bis et Cour de cassation de Palerme 1894, L. II, §§ 11, 11 bis.

à-dire la nature même du commandement lui manquait, parce que portant sur des objets par rapport auxquels, ni en droit, ni en fait, ce pouvoir de commandement ne peut avoir lieu ? Mais, dira-t-on, cet aspect de la question ne devrait pas être envisagé par le juge. Il n'a qu'à exécuter les commandements de son législateur qui lui sont adressés. Qu'ils soient vains ou non, son devoir est de leur obéir sans se préoccuper des conséquences. Mais ce raisonnement, sous l'apparence formelle de la vérité, ne recèle-t-il pas une erreur profonde, une méconnaissance de la nature même de la loi ?

Et est-il exact de dire que la loi adresse au juge ses commandements ? La loi, semble-t-il, s'adresse tout d'abord à ceux qui, pour telle ou telle autre raison, sont soumis à l'empire de la souveraineté du législateur. C'est à eux que la loi s'adresse tout d'abord et c'est d'eux que le législateur attend l'exécution de ces dispositions.

Ce qui *plerumque fit*, c'est que la loi est obéie directement par ceux à qui elle s'adresse, par tous ceux qui se mettent dans les rapports juridiques ou accomplissent les actes juridiques qu'elle vise dans ses dispositions.

Le juge n'intervient que dans le cas où, de bonne ou de mauvaise foi, la loi n'est pas suivie par ceux qui lui sont assujettis. Il constate si la loi est, oui ou non, obéie et le cas échéant, assure son application ou en d'autres termes, il n'a pour mission que d'assurer l'obéissance à la loi de ceux qui se mettent dans les rapports de droit prévus par la loi, mais ne lui obéissent pas. Ainsi, il ne s'agit pas à proprement parler de sa propre obéissance à la loi, parce qu'il n'est pas lui-même partie aux rapports de droit visés par la loi et, l'eût-il été, il ne saurait être juge dans sa propre cause.

Par conséquent, et en bref, le juge assure l'obéissance à la loi des justiciables à qui s'adressent ses commandements.

Si le juge le fait selon la loi, il n'est pas exact de dire que c'est la loi qui lui commande.

Cela étant, considérons de près l'hypothèse sur laquelle a statué la Cour de cassation de Turin.

Il s'agit des biens immobiliers situés à l'étranger et appartenant à la succession d'un italien.

Peut-on considérer que, par rapport à ces biens, le souverain italien puisse édicter des règles légales ? Il faut distinguer entre deux hypothèses, l'une absolue, l'autre relative.

A. — Supposons d'abord que les héritiers soient des étrangers. Ils se mettront en possession de la succession en observant la loi du lieu, ou, s'ils ne l'observaient pas, ils y seront contraints par le pouvoir judiciaire local. Mais le souverain italien pourra-t-il avoir la prétention d'émettre à cette occasion une règle légale quelconque, en subordonnant notamment la dévolution de cette succession à la loi nationale du défunt ? Certes non, et à supposer qu'il le fasse, une énonciation pareille de sa volonté ne saurait être qualifiée de loi, parce que, quelles que soient sa rédaction et sa forme extérieure, cette apparence ne pourra cacher le vice essentiel d'une telle énonciation, à savoir qu'elle serait dépourvue de toute possibilité de contrainte directe ou indirecte.

Il ne pourra pas y avoir de contrainte directe, parce que le souverain italien ne pourra d'aucune manière assurer par ces moyens de police l'exécution de sa volonté sur les biens sis à l'étranger.

Il n'y aura pas non plus possibilité de contrainte indirecte parce que le souverain italien ne pourra pas non plus adresser un ordre efficace aux étrangers héritiers du *de cujus*, n'ayant pas non plus de pouvoir de commandement sur les ressortissants étrangers.

S'il en est ainsi, il est tout à fait inutile de se demander avec la Cour de cassation d'Italie dans son récent arrêt (1), s'il existe un principe de droit international, qui interdirait aux législateurs des États particuliers de légiférer par rapport aux biens situés hors de leur territoire. Que le droit international l'admette ou non, rien ne peut donner à une règle édictée dans ces conditions l'attribut essentiel d'une règle légale, — le pouvoir de contrainte et d'exécution.

Par conséquent, l'article 8 ne contient aucune règle légale dans le sens juridique du mot, destinée à régler les rapports de droit survenant au sujet de la partie immobilière de la succession sise à l'étranger, et appartenant à des étrangers.

Dès lors, comment le juge italien pourra-t-il assurer l'application de la volonté du souverain italien, qui n'a aucune valeur juridique à l'égard des rapports de droit qui s'établissent au delà des limites de son pouvoir législatif ?

Comment le juge italien pourrait-il assurer l'application d'une

(1) L. II, §§ 25, 25 bis.

volonté juridiquement inefficace, d'une prétendue loi qui n'en est pas une parce que dépourvue du pouvoir de contrainte et d'impératif effectif par rapport à ceux à qui elle semble s'adresser ?

Car une telle loi commande non pas aux juges, mais aux particuliers et ne donne au juge que la mission d'en assurer l'application. Comment le ferait-il si cette prétendue loi contient en elle-même la cause de sa propre inefficacité ?

B. — La situation sera un peu différente dans l'hypothèse que nous avons qualifiée de relative par opposition à l'hypothèse absolue que nous venons d'étudier.

Que les biens immobiliers dépendant de la succession d'un Italien soient situés à l'étranger, mais que les héritiers soient eux-mêmes des Italiens.

Quelle modification dans les rapports de droit nés à l'occasion de l'ouverture de la succession en résultera-t-il ?

Certes, le pouvoir de commandement direct du souverain par rapport aux biens eux-mêmes restera aussi inexistant dans ce cas, mais quant au commandement indirect ? Le souverain italien ne pourra-t-il pas imposer sa volonté aux héritiers italiens eux-mêmes, puisqu'appartenant à la catégorie de personnes à l'égard desquelles le pouvoir du commandement appartient au souverain italien ?

Les juges italiens chargés de l'application de la loi ne pourraient-ils pas le faire effectivement ?

Les circonstances de fait seules permettront, à notre avis, de donner une solution.

Les circonstances de fait seraient-elles de nature à envisager une mesure de contrainte efficace par rapport à ces sujets italiens héritiers de la succession ?

Comme la loi italienne ne prévoit pas dans ce cas de sanctions pénales, il s'agit d'écarter de la discussion des mesures de contrainte purement personnelle ; on ne retiendra que la possibilité des sanctions simplement civiles, c'est-à-dire portant sur les biens des héritiers. Pourra-t-on envisager tout d'abord des mesures de péréquation semblables à celles qu'avait prises dans l'affaire de la succession Caruso un tribunal italien qui a enlevé de la part revenant à la mineure fille de l'artiste, Gloria, sur les biens se trouvant en Italie ce que lui a attribué en trop, par rapport à la loi italienne, le tribunal de l'État américain de New-Jersey sur la part des biens

se trouvant aux États-Unis par application de la loi de cet État (1). Il semble que rien ne s'y oppose, que la volonté du législateur adressant un commandement à ses propres ressortissants, commandement susceptible d'être assorti d'une sanction, puisse être considérée comme réunissant les conditions de l'émission d'une volonté légale et que le juge italien remplisse sa mission en assurant son application, en elle-même possible. Cette manière de voir adoptée par l'article II du Projet du nouveau Code civil italien, trouve un fort appui dans l'arrêt de la Cour de cassation du Royaume du 19 décembre 1931, qui considère aussi comme tout à fait rationnel d'assurer le fonctionnement efficace de la loi nationale dans son application aux successions (2), le cas échéant, par des prélèvements et attributions (3).

Ira-t-on jusqu'à dire que la mesure de contrainte patrimoniale pourrait atteindre non seulement la partie des biens successoraux, mais aussi les biens appartenant personnellement aux intéressés ?

Nous ne voyons aucune raison juridique pour ne pas l'admettre. Le souverain peut obliger ses ressortissants à obtempérer à sa volonté, il peut exercer la contrainte en s'en prenant à leurs biens personnels, car c'est à leurs personnes qu'il adresse ses commandements ; nous irons même jusqu'à admettre que des astreintes puissent être décernées par les juges pour assurer l'application de la volonté légale du législateur.

Dans ce cas, en effet, la sentence du juge ne serait pas une vaine déclamation, ce que les Cours de cassation de Turin (4) et de Palerme (5) considèrent à juste titre comme n'entrant pas dans l'office du juge.

Le juge doit en effet appliquer la loi, et non pas clamer en

(1) Voir *Clunet*, 1929, p. 1166 et notre note, dont nous ne maintenons plus la conclusion, dans sa généralité du moins.

(2) L. II, §§ 25, 25 *bis*.

(3) Conf. l'article 2 de la loi française du 14 juillet 1819.

« Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étrangers dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

(4) L. II, §§ 33 *bis*.

(5) L. II, §§ 11, 11 *bis*.

faveur de son application. Or, il ne pourra l'appliquer que si elle est matériellement applicable, car autrement, répétons-le encore une fois, une loi pareille n'a que l'apparence d'une loi et le juge n'en a que faire.

Voici comment se présente, à notre avis, formulée d'une manière rigoureuse et descendant jusqu'à la notion fondamentale de la nature juridique de la loi, l'objection qu'on peut formuler contre la doctrine de ceux qui ne voient dans la disposition de l'article 8 qu'un ordre de la loi auquel une obéissance aveugle est due de la part du juge, — et qui a été bien entrevue par les Cours de cassation de Turin et de Palerme.

Comment faut-il, dès lors et en définitive, entendre l'article 8 ?

Au point de vue juridique, ce n'est une loi qu'en tant qu'elle peut entraîner, faute d'obéissance à ses préceptes, des sanctions légales matériellement efficaces à l'encontre des contrevenants ; au contraire, en dehors d'hypothèses correspondant à cette définition, ce n'est qu'un énoncé doctrinal d'un principe que le législateur italien croit utile de proclamer, en invitant le législateur étranger à s'y rallier. Cette institution ne réunissant donc pas les caractères essentiels d'une loi ne saurait s'imposer à personne à ce titre ni être appliquée en cette qualité par la justice italienne.

On comprend dès lors que dans son arrêt du 17 juin 1874 (1) la Cour de cassation de Turin, en la résumant brièvement, maintienne sa doctrine de 1870.

En précisant la portée de l'article 8 et en lui niant au fond la qualité d'une disposition légale au delà des limites de la souveraineté italienne, elle est amenée par voie de conséquence à admettre l'autorité de la règle de conflit de la loi étrangère dans les limites de son territoire par rapport aux immeubles qui s'y trouvent situés. Bornons-nous à le faire remarquer pour le moment, pour la meilleure intelligence du jeu des différents principes, et des forces distinctes s'enchevêtrant dans ce domaine, et revenons sur le point précis que nous examinons maintenant : l'objection qu'on peut opposer à la prétendue autorité impérieuse de la volonté du législateur par rapport au juge italien.

(1) L. II, §§ 5, 5 *bis*.

SECTION TROISIÈME

Est-il vrai de dire que les textes des articles 6 et 8 soient si clairs et précis dans leur teneur, que l'ont déclaré les décisions qui ont cherché à en tirer argument ?

C'est l'examen de l'arrêt de la Cour de cassation de Palerme du 24 août 1894 (1) qui nous permettra de répondre à cette question.

La Cour de cassation de Palerme, amenée à considérer le même argument tiré du sens littéral de l'article 8, s'est d'abord résolument engagée dans la voie tracée par les arrêts de Turin.

« Attendu qu'un droit quel qu'il soit, pour être considéré comme tel, doit être susceptible de recevoir une réalisation (*sua attuazione*) par rapport à l'objet auquel ce droit se réfère. »

Cette formule exprime presque textuellement la pensée que nous venons de développer en nous basant sur les arrêts de Turin. La loi ne saurait être qualifiée juridiquement de loi, que si elle réunissait certains éléments de fond et notamment la possibilité de son application par rapport à l'objet auquel elle se réfère. La Cour de cassation de Palerme exprime exactement la même idée par rapport au droit en général. En effet, la loi ayant pour fonction essentielle la création du droit, la qualification de loi ne saurait lui être exactement appliquée que dans la mesure où elle créerait le droit qui pourrait être qualifié juridiquement de tel.

Or, les qualifications juridiques des deux concepts se confondent sur ce point essentiel. Tant le droit que la loi ne sauraient être qualifiés juridiquement de tels que s'ils sont susceptibles d'une réalisation (*de sua attuazione*) par rapport à l'objet auquel ils se référeraient.

Cela étant, une décision de la juridiction italienne qui doit « dire le droit », peut-elle être considérée autrement que comme une vaine déclamation en tant que le droit qu'elle dirait, ne serait du vrai droit, parce que ne pouvant recevoir « la sua attuazione » ; — pourrait-on dire avec la Cour de Palerme, et en développant notre pensée sur l'office du juge et

(1) L. II, §§ 11, 11 *bis*.

sa mission d'appliquer la loi, à condition qu'elle puisse être appliquée; — ne devrait-on pas ajouter qu'il n'y entre d'aucune manière de faire ces vaines déclamations, car en les faisant le juge ne peut nullement considérer qu'il accomplit sa mission qui consiste justement et exclusivement dans l'application de la loi. En partant de ces principes, il convient d'établir maintenant le vrai sens de l'article 8, c'est-à-dire discerner dans cette disposition les parties auxquelles le caractère de la loi peut être juridiquement attribué.

Par voie de conséquence, pour la Cour de Palerme, il faut distinguer sous l'apparence de disposition unique et générale de l'article 8 trois hypothèses d'une valeur juridique et légale différente.

I. — D'abord, on pourrait déduire du sens littéral de cet article qu'il concerne les citoyens italiens, parce qu'il ne fait aucune distinction entre la nationalité des personnes de la succession desquelles il s'agit ; mais telle n'est pas la doctrine de la Cour de cassation de Palerme. Pour elle, cette disposition ne concerne point les italiens, parce que considérée à leur égard, elle paraîtrait tantôt comme superfétatoire, tantôt comme irréalisable et partant dépourvue de qualité de loi au sens juridique du terme.

Elle serait superfétatoire en tant qu'elle viserait les biens d'un Italien situés en Italie qui ne peuvent être régis, bien entendu, que par la loi italienne interne. Raisonnement parfaitement juste sans doute. Mais s'il en est ainsi de cette première hypothèse, cette idée se soutient-elle dans la seconde ? Que les biens venant de la succession d'un Italien se trouvent à l'étranger, est-il exact de dire, avec la Cour de cassation de Palerme, que l'article 8 ne peut pas les concerner, parce qu'ils ne sont pas soumis à la souveraineté italienne ? Ou ne faudrait-il pas admettre plutôt avec la Cour de cassation du Royaume « que la loi applicable s'agissant de la succession d'un Italien, ne peut être autre que la loi italienne » (1) ?

Comme nous l'avons déjà indiqué, une distinction semble s'imposer. Les successibles sont-ils étrangers, le point de vue de la Cour de cassation de Palerme doit être retenu, parce que les biens, dont il s'agirait, se trouvent en dehors des limites territoriales de la souveraineté italienne, et les personnes appe-

(1) L. II, §§ 25, 25 *bis*.

lées par la loi du lieu à les appréhender n'étant pas à leur tour attachées par le lien d'allégeance à la souveraineté italienne, celle-ci n'aurait ni de prise directe, ni de prise indirecte sur leur sort. Il n'y aurait par conséquent aucune loi italienne dans le sens juridique de ce terme que le juge italien aurait pu y appliquer.

Mais de cette manière la Cour de cassation de Palerme ne s'est-elle pas attachée outre mesure aux idées du statut réel, faisant prévaloir comme critère décisif la situation des biens ? Comme nous l'avons déjà fait remarquer (1), le droit d'exiger l'obéissance de ses ressortissants pouvant être muni en principe en droit positif de toute sanction pénale ou civile, arme la main de la justice des moyens d'opérer par des péréquations ou par des astreintes. L'article 8 devient de la sorte dans ces conditions une loi dans le sens juridique du mot, susceptible d'application par le juge. On ne pourrait donc pas dire avec la Cour de cassation de Palerme que l'article 8 ne peut viser que les successions des étrangers, et non point celles appartenant aux Italiens.

Mais on ne devrait pas soutenir non plus avec la Cour de cassation du Royaume que toute succession d'un Italien ne saurait être régie que par la loi italienne.

Des distinctions sont encore nécessaires et cette constatation fait ressortir à elle seule combien le refus de la Cour de cassation de Palerme d'envisager l'article 8 comme une disposition au sens unique absolu et indiscutable, est parfaitement justifié et combien cette idée l'emporte sur celle de la Cour de cassation du Royaume qui veut y voir un principe simple et clair, à tel degré qu'elle lui attribue l'épithète de « lineare »...

La seconde hypothèse est celle-ci :

Des biens appartenant à la succession d'un *de cujus* étranger se trouvent en Italie ou sur le territoire national de l'étranger. Dans ce cas l'article 8, soumettant les successions à l'empire de la loi nationale, peut trouver son application et partant, devra, en vertu de l'analyse à laquelle nous nous sommes attachés, être qualifié juridiquement de loi. Telle est la formule par laquelle peut être traduite la pensée de la Cour de cassation de Palerme. Mais ne comporte-t-elle pas aussi des distinctions ? Nous le croyons.

(1) *Supra*, pp. 15-16.

En effet, la Cour de cassation de Palerme n'envisage de toute évidence que deux cas :

D'abord, c'est celui où les biens de l'étranger se trouvant sur le territoire italien, la loi nationale de l'étranger appelée par la loi italienne à régir la succession peut être effectivement appliquée par le juge italien statuant dans les limites du ressort de la souveraineté italienne et de son propre pouvoir juridictionnel.

La règle de l'article 8 des dispositions préliminaires, susceptible de recevoir ainsi une application matériellement efficace doit être qualifiée de loi (1).

La question se présente sous le même aspect, si on examine le cas de biens d'une succession d'un étranger située à l'étranger dans le pays de sa nationalité. Évidemment dans ce cas qui, par rapport à la loi étrangère elle-même, exclut tout élément d'extranéité, l'application de la loi étrangère par les juridictions italiennes a toutes les chances du monde d'être rendue exécutoire par les tribunaux étrangers dans le ressort territorial desquels se trouveraient les biens. La règle de l'article 8 des dispositions préliminaires mettant ainsi à contribution le pouvoir réel de contrainte de la loi étrangère, peut être appliquée matériellement par le juge italien et recevoir la qualification de loi dans le sens juridique du terme.

Reste enfin la troisième hypothèse.

L'étranger aurait laissé des biens dans divers territoires dépendant d'autres souverainetés qui ne seraient ni le territoire national de l'étranger, ni le territoire italien.

Comment faut-il considérer la disposition de l'article 8 par rapport à ces biens ? La Cour de cassation de Palerme n'hésite pas à déclarer que si la partie finale de l'article 8 devait s'entendre comme visant tous les biens de la succession, quel que soit le territoire sur lequel ils se trouveraient, elle devrait être

(1) Nous examinerons plus loin les difficultés qui doivent surgir dans l'hypothèse où la loi étrangère devenue ainsi applicable en principe, limite elle-même sa propre action à son propre territoire, difficulté que la Cour de cassation de Palerme ne semble pas avoir aperçue. Nous nous bornerons ici à la remarque que nous avons faite dans le texte, c'est-à-dire au seul point de savoir, si la loi étrangère peut être matériellement appliquée par le juge, abstraction faite de la question de savoir, si une application pareille aurait lieu à titre juste ou injuste.

considérée comme un lapsus *mentis* du législateur et réputée non écrite.

D'ailleurs, le législateur italien n'a pu vouloir que des choses possibles. D'une manière un peu différente de celle de la Cour de cassation de Turin, mais en sentant aussi pour ainsi dire la nature de la difficulté et en s'approchant de très près de la solution, la Cour de cassation de Palerme pose ainsi de même le problème capital de qualification juridique de la loi et nous pouvons reprendre les idées que nous ont suggérées les arrêts de Turin, et dans lesquelles nous sommes confirmés maintenant par l'arrêt de Palerme.

Toute règle édictée par le législateur dans les formes prescrites pour l'élaboration et la promulgation d'une loi, n'est une loi que si elle réunit aussi certaines conditions de fond essentielles à son existence, la possibilité de son application effective notamment.

Dans l'hypothèse où se place la Cour de Palerme, celle de biens appartenant à des étrangers et situés à l'étranger, il est évident que tout pouvoir de contrainte, soit directe, soit indirecte, faisant défaut, la possibilité de l'application effective de la règle de l'article 8 ne saurait avoir lieu.

La volonté du législateur ne doit être recherchée dès lors que dans la mesure où elle sert de base et d'appui à une disposition émanant du législateur et pouvant être qualifiée de loi. Dans le cas contraire, c'est-à-dire, si une disposition du législateur se présente sous la forme apparente de loi, mais n'en réunit pas les conditions de fond, elle ne saurait être qualifiée de loi, ni la volonté du législateur qui l'aurait inspirée, être prise en considération.

Conclusion et Transition.

Telles sont les conclusions théoriques extrêmement importantes auxquelles permet d'arriver, quant à la nature juridique de la notion de la loi en droit international privé, l'étude des arrêts des Cours de cassation de Turin et de Palerme.

L'argument à première vue si péremptoire tiré de la teneur impérative de l'article 8 et *mutatis mutandis* de l'article 6 en faveur de leur application sans réserve nous semble fortement

diminué dans sa valeur, car l'analyse de ces dispositions a permis non seulement de préciser, mais aussi de dégager de certaines apparences verbales, la notion juridique de la loi en droit international privé.

Ainsi apparaît avec évidence la liaison intime et nécessaire de la loi avec son trait propre et essentiel, le pouvoir effectif de commandement.

C'est cette économie de la notion juridique de la loi en droit international privé qui nous servira pour en déterminer dans la suite de ces pages, la portée internationale, c'est-à-dire l'objet même de nos recherches.

Rappelons, avant de nous engager plus loin, la marche des développements que nous venons de clore.

Nous avons examiné d'abord dans l'ordre d'arguments en faveur de l'application absolue des règles de conflit de la *lex fori*, celui tiré du sens littéral de ses dispositions.

Nous avons procédé ainsi, parce que la réunion et l'analyse des arrêts faites dans la partie de cet ouvrage consacrée à l'étude des sources, nous a appris que les décisions importantes, en y voyant une sorte d'accident législatif, ont cherché à discerner à travers les formules des textes les principes indépendants des hasards de législation.

Nous sommes arrivés ainsi à cette constatation que l'accident de rédaction dans les termes absolus et péremptoires de certains textes des dispositions préliminaires du Code civil italien ne peut guère leur donner, même aux yeux des juges italiens, plus d'autorité qu'ils n'en renferment intrinsèquement.

Les contours des principes théoriques émergent ainsi à travers les hasards de législation tendant à les déformer.

Mais à leur seule faveur les règles de droit international du droit privé italien ne seront-elles pas revêtues de cette force supérieure que seule la force apparente, mais verbale de leur rédaction n'a pu leur donner ?

CHAPITRE III

SI LA RÈGLE DE CONFLIT REFLÈTE UNE INSTITUTION IMPORTANTE DU DROIT INTERNE, DOIT-ELLE SE PRÉSENTER AUX YEUX DES JUGES COMME REVÊTUE D'UNE FORCE OBLIGATOIRE PARTICU- LIÈRE ?

§ 1.

ARGUMENTS DES ARRÊTS EN FAVEUR DE CETTE THÈSE

La Cour d'appel de Palerme a insisté (1) sur la supériorité de la règle de l'article 8 qui s'inspire de l'idée romaine de l'unité de l'universalité successorale, basée sur la succession à la personne du *de cujus* des membres de sa famille ; il est rationnel de rattacher dès lors la matière successorale au statut personnel, car, selon la forte expression de l'arrêt, ce n'est pas le territoire, mais le sang qui crée les héritiers (2).

La Cour d'appel de Catanzaro (3) fait ressortir que le législateur italien a soumis la matière des successions au statut personnel, comme touchant au droit de famille.

Le statut personnel étant régi en droit italien par la loi nationale, cette loi étant toujours unique, satisfaction est ainsi donnée au principe de l'*unitas hereditatis*. L'article 8 reçoit donc un surcroît d'autorité et de force obligatoire parce qu'il exprimerait sur le plan des conflits de lois une idée de droit interne et ne constituerait ainsi qu'une pièce du corps du droit italien qui constitue un ensemble harmonieux.

Dans son arrêt du 1^{er} février 1895, la Cour de Venise développe la même pensée (4). L'article 8 est fondé sur le « principe rationnel que le droit de transmettre ses propres biens par

(1) 23 décembre 1892, L. II, §§ 10, 10 *bis*.

(2) *Infra*, p. 215.

(3) Mai 1894, L. II, §§ 9, 9 *bis*.

(4) L. II, §§ 12, 12 *bis*.

succession est une chose qui s'attache à la personnalité même ». « Que de même qu'est indivisible la personnalité humaine, de même doit être indivisible sa succession et par conséquent doit être unique la loi qui la réglerait. » Que s'il en est ainsi objectivement, la règle de l'article 8 devrait s'imposer également, si on pensait à la volonté présumée du défunt qui aurait toujours dû tout naturellement songer à sa propre loi pour l'appliquer à sa succession (1).

Des idées du même ordre sont développées par la Cour de Gênes en 1904 (2).

L'article 8 des dispositions préliminaires, en considérant la matière successorale comme tenant de par sa nature au statut personnel, n'est que la conséquence de ce que, d'après la conception italienne, la succession représente la personne même du défunt une et indivisible, qui doit être partout gouvernée par une seule loi.

De même, la Cour d'appel de Florence (3) insiste en 1927 avec force sur ce qu'un autre principe que celui basé sur l'unité successorale absolue n'est même pas concevable par le droit italien.

Ce principe est ainsi à juste titre introduit dans le domaine du conflit des lois touchant à la matière successorale « parce que le droit à la succession n'étant pas autre chose que la combinaison du principe de la propriété avec celui de la famille devrait être régi par le statut personnel ».

En suivant aussi dans cet ordre d'idées la doctrine de la Cour de Venise, mais avec plus de réserve, la Cour de Florence admet également que sauf l'expression contraire de la volonté du défunt, le statut personnel du *de cujus* doit être aussi considéré comme la loi choisie par la présomption naturelle de sa volonté. Pour ces raisons, le juge italien doit considérer une succession comme une universalité et y appliquer une loi unique, la loi nationale du *de cujus*.

Enfin, la Cour de cassation du Royaume, dans son arrêt du 19 décembre 1931 (4), déclare que « le législateur a posé le principe du règlement des successions comme universalité par

(1) Voir la critique de cette proposition dans le commentaire de l'arrêt, L. II, § 12 *bis*.

(2) L. II, §§ 17, 17 *bis*.

(3) L. II, §§ 24, 24 *bis*.

(4) L. II, §§ 25, 25 *bis*.

respect du principe de la continuité de la personne qui la soutient, et de l'unité, qui en est la conséquence, de l'entité de droit, dans laquelle sont compris et à laquelle sont soumis les biens qui en forment l'objet, en disposant, par conséquent, que la loi de la personne s'applique, quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils se trouvent (art. 8 des dispositions préliminaires du Code civil). »

§ 2.

EXAMEN CRITIQUE DE LA THÈSE DES ARRÊTS

Toutes ces allusions des arrêts au droit philosophique, aux principes rationnels visent évidemment les règles du droit civil interne et la doctrine et la tradition historique sur lesquelles elles s'appuient. Nous sommes donc en présence d'une argumentation qui cherche la justification rationnelle des règles de conflit dans leur liaison par rapport à la matière à laquelle elles touchent, avec les conceptions correspondantes du droit civil interne.

Quelle est l'idée générale qui est à la base de cette manière de voir ? Celle qui a été formulée avec vigueur par notre maître Martin. Le droit international privé, et on sait que M. Martin n'y fait entrer que les questions de conflit de lois et de conflit de juridictions, est une projection du droit civil interne sur le plan des conflits (1). Rappelons, en effet, quelle est la méthode que notre Maître applique invariablement pour donner une solution de n'importe quel problème de droit international privé. Nous l'entendons de la manière suivante :

Le droit international privé possède un certain nombre de catégories qui lui sont propres et qu'on est accoutumé d'appeler « les statuts ».

Les institutions du droit privé en général sont réparties dans le plan des conflits entre diverses catégories du droit international privé ou incorporées dans le domaine de tel ou tel autre statut selon leur nature juridique.

Ce principe de répartition présuppose une double recherche :

(1) *Principes*, t. I, p. 69.

1. Il faut établir d'abord les principes généraux qui sont à la base de chaque statut.

2. Il faut rechercher ensuite les institutions du droit privé qui par leur nature juridique correspondent à un statut déterminé et les classer conformément. Il n'est pas douteux que M. Bartin a fait faire ainsi à la théorie du droit international privé un pas en avant considérable et qu'il a été amené aussi par voie de conséquence à approfondir la nature juridique de toute une série d'institutions du droit privé interne.

Mais quelque grands que soient les apports faits ainsi à la science générale du droit, la méthode elle-même est-elle rigoureusement exacte ?

Pour qu'il en fût ainsi, pour que le classement des institutions du droit privé parmi les catégories du droit international privé selon leur nature juridique conformément à celle des statuts fût scientifiquement exact, il aurait fallu que les deux recherches préalables, celle du fondement juridique des statuts, celle de la nature juridique des institutions du droit privé, se fissent à l'aide du même étalon de valeur.

Or, en est-il ainsi ? Il nous semble que la réponse négative doive s'imposer. En effet, la recherche de la nature juridique des institutions du droit privé se fait nécessairement à l'aide des conceptions du droit interne ; si le rôle de la doctrine est considérable dans ce domaine, en dernier lieu la décision appartient au droit positif, soit une loi, soit un arrêt de la Cour de cassation imprimera le caractère définitif à une institution.

Pour les catégories du droit international privé, il en est autrement, surtout quand il s'agit de son état actuel, où les règles de conflit ne sont formulées par diverses législations qu'avec une extrême exiguité, et par rapport à un domaine où le législateur, de par le vrai et propre caractère de sa fonction, n'est pas en état, comme nous pensons l'avoir montré, de trancher les controverses possibles par l'exercice du pouvoir de souverain. Ici, il n'appartient pas au législateur de former une institution quelconque du droit privé à sa guise, car une institution du droit privé peut comporter des éléments qui, dans le plan international, ressortissent du domaine de différentes souverainetés. Par cela même, une institution du droit privé dans le plan des conflits peut rentrer *parte in qua* dans différentes catégories du droit international privé. Le concept d'une institution du droit privé en droit international se dégagera, partant,

de l'application à ses éléments différents des principes généraux du droit international privé. Il devra donc, en thèse générale, se présenter sous un aspect bien différent par rapport à sa forme en droit interne.

Et dès lors il n'est point certain qu'une institution du droit privé quelconque, à laquelle d'après la conception du droit interne une certaine nature juridique est attribuée, puisse être rattachée par voie de conséquence et par la volonté du législateur à une catégorie du droit international privé, dont la nature serait modelée différemment par application de principes différents.

Et résumons en bref les causes, dont résultera cette différence.

Il en sera ainsi d'abord parce que, à ces principes généraux, manqueraient nécessairement les traits spécifiques propres et caractéristiques d'une législation particulière.

Il en sera ainsi en second lieu, parce que dans l'établissement des règles du droit international privé interviennent nécessairement des éléments internationaux qui font défaut en droit interne.

Qu'on poursuive, par exemple, pour saisir la portée de ces propositions un peu abstraites, la formation du concept de la succession en droit italien et français interne et en droit international. En droit italien, comme en droit français, l'unité de la succession est proclamée. Peu importe l'origine et la nature des biens, la succession constitue dans son ensemble une unité patrimoniale exprimée par une certaine valeur dans laquelle les divers effets successoraux entrent comme des articles de compte selon leur expression en argent (1).

Libre est au législateur italien ou au législateur français, en suivant sur ce point la tradition romaine, d'imposer cette conception d'unité. Sa volonté légale suffit pour modeler comme il l'entend une institution du droit privé.

Mais les choses se passent autrement en droit international.

Nous constatons qu'il est matériellement et juridiquement impossible de ne pas tenir compte, dans le plan des conflits, de la situation réelle des biens et de leur nature. Il s'ensuit nécessairement qu'il est impossible de transposer dans le plan des conflits la notion interne, italienne et française, de la suc-

(1) Article 732 du Code civil français, article 122 du Code civil italien.

cession considérée comme une unité. Le législateur italien l'a fait, sans qu'en droit, comme il a été démontré dans le chapitre précédent, son intention puisse être considérée comme une loi ; — le législateur français s'est sagement abstenu. Ainsi se dégage et s'affirme le concept de pluralité de la succession internationale, par opposition à son concept d'unité dans le plan du droit interne, ainsi qu'apparaît la rupture de la prétendue liaison entre les concepts de droit interne et du droit international privé.

Qu'il en est vraiment ainsi, qu'il ne peut en être autrement, l'arrêt de la Cour de Catanzaro (1) le montre à l'évidence. Saisie des contestations concernant la dévolution successorale d'une partie des biens héréditaires se trouvant en Italie, la Cour, en vertu de l'article 8, leur a appliqué la loi nationale du défunt, qui était un Canadien. Cependant, le *de cuius*, dont le dernier domicile se trouvait en Belgique, y avait aussi une partie de ses biens. Dans cet état de choses, on a reproché avec raison à la Cour qu'en appliquant l'article 8, qui est inspiré de l'idée de l'unité de la masse successorale, elle n'a rendu qu'un hommage apparent à ce principe car, en réalité, ne pouvant empêcher l'application aux autres parties de la succession de la loi du dernier domicile du *de cuius* et refusant de l'appliquer par renvoi de la loi canadienne elle-même, elle a ainsi brisé en fait l'unité de la succession qu'elle cherchait à maintenir.

N'est pas exempt du même reproche l'arrêt de la Cour de cassation du Royaume du 19 décembre 1931 (2). On ne trouve cependant de réponse satisfaisante à ce grief ni dans l'une, ni dans l'autre de ces décisions.

La raison profonde en est que le législateur italien est aussi impuissant à créer en dehors de sa souveraineté une loi que d'imposer les conceptions qu'il se fait d'une institution de droit privé, et que les conceptions d'une institution de cet ordre en droit interne et en droit international sont en thèse générale des choses différentes.

Nous concluons donc dans cet ordre d'idées que l'argumentation qui cherche à renforcer la valeur obligatoire d'une règle de conflit en la rapprochant des règles du droit interne, ne saurait être retenue.

(1) Mai 1894, L. II, §§ 9, 9 *bis*.

(2) L. II, §§ 25, 25 *bis*.

CHAPITRE IV

SI LE LÉGISLATEUR A VOULU CLASSER UNE INSTITUTION DU DROIT PRIVÉ DANS UNE CATÉGORIE DÉTERMINÉE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, QUELLE EST LA VALEUR D'UNE TELLE QUALIFICATION ?

Les arrêts dont nous avons reproduit les considérants font ressortir que le législateur italien aurait voulu rattacher la matière successorale au statut personnel (1).

Ils ajoutent ainsi cet argument touchant directement au classement des institutions parmi les catégories du droit international privé aux développements concernant la liaison de l'article 8 avec le droit italien interne. Mais dans l'ordre d'idées que nous allons examiner maintenant, il faut ajouter à ces décisions celle de la Cour de cassation de Naples du 5 janvier 1920 qui, sans invoquer de lien entre l'article 8 et la conception de l'unité successorale du droit civil italien, fait état de l'argument se rattachant au droit international privé seulement en faisant ressortir que le législateur italien aurait voulu rattacher la matière successorale au statut personnel, contrairement au droit anglais qui l'a comprise dans le statut réel (2).

Cette interprétation jurisprudentielle de l'article 8 présente un intérêt incontestable. Elle affirme une pensée doctrinale qui aurait guidé le législateur. Le texte de l'article 8, qui ne parle pas de statut personnel, mais de la loi nationale du défunt, à laquelle il subordonne la dévolution héréditaire de l'ensemble des biens successoraux, prendrait dès lors encore plus d'importance théorique.

Le régime international des successions ressortirait d'abord du statut personnel, c'est là le principe.

D'ailleurs, on concevrait par son application la soumission

(1) *Supra*, ch. III, § 1.

(2) L. II, §§ 23, 23 *bis*.

de la matière successorale à la loi du dernier domicile du défunt, toutes les fois que dans un système législatif donné cette loi serait appelée à régir le statut personnel, mais puisque c'est la loi nationale qui, d'après le droit italien, le comprend dans son domaine, et que c'est d'elle qu'il est question dans l'article 8, cette disposition exprimerait ce rattachement. Ainsi, dans l'ordre logique des pensées, vient d'abord le classement d'une institution du droit privé dans une catégorie du droit international privé, puis la désignation de la loi applicable. Qu'est-ce à dire dans l'ordre d'idées théoriques ? C'est que d'abord le législateur procède à une qualification d'une institution du droit privé et qu'en conséquence il désigne la loi applicable. Or, l'efficacité de cette désignation sera-t-elle accrue par l'opération de qualification préalable ?

Cette qualification législative est d'ailleurs d'autant plus intéressante à examiner, qu'elle diffère du problème des qualifications tel qu'il se présente ordinairement.

En effet, le problème des qualifications, tout en se posant à propos des questions du droit international, est résolu toujours en droit interne : on recherche quelle est la nature juridique d'une institution du droit privé déterminée d'après le droit interne, que ce soit la *lex fori* ou une loi étrangère. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour d'Alger du 24 décembre 1899, exemple classique du problème des qualifications (1), il s'agissait de savoir si les droits de la femme survivante sur une masse de biens restés après la dissolution d'un mariage par la mort du mari, devaient être envisagés comme les droits à la succession ou comme les droits résultant de l'acceptation par les époux d'un certain régime matrimonial. Cette question, dont la solution devait avoir nécessairement des répercussions sur le plan des conflits de lois au point de vue de l'application du statut réel ou du statut d'autonomie de la volonté a été résolue entièrement d'après la loi interne maltaise, le Code Rohan, notamment (2).

(1) C'est notre Maître Martin qui a attiré notre attention tant dans ses études, que dans ses cours et enfin dans les *Principes*, t. I, pp. 221-224 sur cet important monument de jurisprudence, quoique nous en tirions une conclusion différente à la sienne.

(2) *Clunet*, 1891, pp. 1171 et suiv., pp. 1173-1174.

... « Attendu qu'à l'époque de la célébration de leur mariage, les

Or, par rapport à l'article 8, le problème se présente différemment. Il ne s'agit point de savoir si dans une espèce donnée, les faits la constituant ressortissent de la matière successorale ou d'une autre matière quelconque du droit privé, mais si une matière bien déterminée, la matière successorale, par voie de disposition générale, est qualifiée dans le plan des conflits de lois comme ressortissant du statut personnel.

Si nous avons montré qu'une disposition ayant une forme légale ne saurait être considérée comme une loi que si elle remplissait à côté de conditions de forme des conditions de fond aussi, et notamment si elle était édictée dans les limites du pouvoir de commandement effectif du législateur, en serait-il autrement d'une disposition émanant du législateur qui aurait pour objet de qualifier une institution ?

Ou, en d'autres termes, une disposition prise comme telle à laquelle, en totalité ou en partie, il faut refuser la condition juridique de loi, inficiée qu'elle serait par le défaut du pouvoir de commandement par rapport aux objets qu'elle vise, récupérerait-elle la vertu légale par cela seul qu'elle s'occuperait des qualifications ?

Il suffit de poser le problème pour y répondre. La négative s'impose. Qualifier veut dire déterminer par voie de conséquence dans le plan des conflits le régime légal auquel sera soumis un rapport de droit. Or, il est évident que ce régime ne peut être valablement et effectivement établi que par celui à qui un pouvoir réel de commandement appartient, et que le législateur étranger, qu'il cherche à atteindre un résultat différent par voie directe d'une disposition prise à cet effet, ou par le moyen indirect de qualification, sera frustré dans ses efforts.

époux Bartholo se trouvaient placés sous l'empire de la législation du Code Rohan qui est resté en vigueur, à Malte, jusqu'à 1868 ; ...

« Attendu d'autre part, que les termes de l'article 18, seul applicable à l'espèce, sont formels ; qu'ils portent : « Que la moitié des biens acquis pendant le mariage appartiendra de plein droit à la femme survivante ou à ses héritiers », que ces expressions « de plein droit » sont évidemment déterminantes de son droit de propriété ; que cet article se trouve, d'ailleurs, placé au titre du *Mariage et de la Société conjugale* et non au chapitre des successions ; qu'il convient donc de décider que la veuve Bartholo puise le principe de son action dans ses droits de femme commune en biens et que la loi du 14 juillet 1819, sur la dévolution des successions aux étrangers, ne saurait lui être opposée ; ... »

Le législateur ne saurait qualifier effectivement que dans les limites dans lesquelles il peut légiférer dans le sens juridique du mot. Si la qualification ressortit du droit interne, c'est-à-dire s'il s'agit de dégager la nature juridique d'une institution au point de vue des catégories de droit privé, cette qualification doit être faite d'après la loi à laquelle appartient le pouvoir de commandement effectif sur les faits matériels constitutifs du rapport de droit en discussion (1).

Il en sera de même sur le plan des conflits des lois, il n'appartiendra au législateur de qualifier une institution du droit privé que dans la mesure dans laquelle son pouvoir de commandement effectif porte sur l'institution tout entière, ou sur ses parties seulement.

Ce pouvoir de commandement d'un législateur déterminé, pour quasi-absolu qu'il soit dans le domaine du droit interne, est nécessairement fortement réduit sur le plan des conflits. Dès lors, en thèse générale, ne portant pas sur une institution du droit privé tout entière, il ne pourra pas la définir valablement dans son ensemble en ne s'inspirant que de ses propres conceptions. Dès lors, la qualification donnée par le législateur italien ne pourra s'imposer en ce qui concerne l'article 8 des dispositions préliminaires que dans la mesure où la volonté du législateur s'imposerait à juste titre de loi.

L'argument des arrêts cherchant à renforcer l'impératif légal par appel à la qualification législative dans le domaine des catégories de droit international privé, tombe ainsi à faux.

(1) Cette loi ne sera donc pas nécessairement la *lex fori*, comme l'enseigne M. Martin. Voyez l'arrêt d'Alger *supra*, p. 31 texte et note 2.

D'ailleurs, M. Martin admet lui-même une exception en faveur de la *lex rei sitæ* à laquelle selon lui appartiendrait invariablement la qualification des biens en meubles et immeubles. Pour nous cette application de la *lex rei sitæ* loin de constituer une exception, serait la manifestation particulière des principes généraux développés dans le texte.

CHAPITRE V

UNE RÈGLE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AURAIT-ELLE UNE FORCE PARTICULIÈRE PARCE QUE LIÉE A UNE INSTITUTION AYANT CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNE ?

Nous passerons maintenant à l'examen de la prétendue teneur impérative et absolue de l'article 8 considérée en liaison avec la théorie de l'ordre public interne.

A vrai dire, les arrêts que nous avons examinés jusqu'à présent n'en parlent pas. Mais n'importe ! Sans être exprimée, cette pensée peut être retrouvée au fond de leur argumentation, s'il apparaît que diverses propositions qu'elle enchaîne les unes aux autres peuvent être éclairées dans leur ensemble par cette théorie.

Que disent les arrêts ? Que l'article 8 puise son caractère de règle impérative dans sa liaison avec la forte conception de l'*unitas hereditatis* du droit italien interne.

C'est la pensée qui domine les décisions des Cours d'appel de Catanzaro de 1894 (1), de Venise de 1895 (2), de Gênes de 1904 (3). Mais c'est l'arrêt de la Cour de Florence de 1927 (4) qui l'a exprimée de la manière la plus significative : « Un autre principe que celui basé sur l'unité successorale serait *inconcevable* pour le droit italien. » Ainsi, la force péremptoire de l'article 8 se justifie par sa liaison avec une disposition du droit interne qui est elle-même d'ordre public à laquelle on ne saurait dans aucun cas déroger.

C'est cette idée qu'il convient d'examiner maintenant. Et pour que la discussion soit utilement engagée, précisons d'abord ce qu'il faut entendre ici par cette vague expression de l'ordre public, expression qu'on emploie en général d'une

(1) L. II, §§ 9, 9 *bis*.

(2) L. II, §§ 12, 12 *bis*.

(3) L. II, §§ 17, 17 *bis*.

(4) L. II, §§ 24, 24 *bis*.

manière abusive et qui cache trop souvent, sous l'apparence d'une force verbale, l'inanité du fond.

Par l'ordre public, nous n'entendons pas certes ici une disposition simplement impérative du droit interne, parce qu'une disposition pareille peut être très bien écartée en faveur d'une disposition concurrente de la loi étrangère normalement applicable par le jeu des règles de solution du conflit des lois, mais une disposition de la loi interne qui se substituera invariablement à toute règle de la loi étrangère normalement applicable (1).

Mais si ces règles d'ordre public sont visées par l'article 12 des dispositions préliminaires, comme elles le sont aussi par l'article 30 E. G. B. G. B. et par la notion jurisprudentielle de l'ordre public international dans le droit français, rien dans le droit italien, pareillement d'ailleurs aux droits germanique et français, n'indique quelles sont les règles du droit interne qui doivent être comprises parmi les règles d'ordre public international.

Admettons toutefois, d'après l'indication de l'arrêt de la Cour d'appel de Florence de 1927, que le principe de l'unité successorale soit à tel point fondamental, que toute autre conception étant inconvenable pour le droit italien, il serait vraiment de l'ordre public international. Que s'ensuivra-t-il ? Que toute règle contraire de la loi étrangère normalement applicable, et ceci indépendamment du titre en vertu duquel elle serait prise en considération, serait nécessairement écartée. Il suit de là que, quelle que soit la teneur de la règle de conflit de la loi italienne qui appellerait une loi étrangère, le principe tutélaire de l'ordre public international suffira pour limiter l'action de la loi étrangère. Mais peut-on soutenir tout de même que si la fonction limitative de la théorie de l'ordre public international s'avère suffisante dans l'ordre d'idées que nous examinons, il convient de considérer néanmoins l'article 8 comme revêtu de la qualité de disposition d'ordre public du fait de l'emprunt au droit interne du principe de l'unité successorale ?

Il nous semble qu'un raisonnement pareil ne saurait être retenu et ce pour deux motifs.

(1) Conf. notre note sous l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 15 novembre 1933, *Clunet*, 1934, p. 462.

L'article 8 paraît d'une part trop étroit, il est d'autre part insuffisant par rapport aux fins proposées.

Il est trop étroit, parce qu'au lieu de formuler le principe de l'unité successorale, il subordonne la succession à l'empire de la loi nationale, loi unique, dont l'application assurerait sans doute l'unité successorale elle-même. Mais on peut admettre fort bien qu'une autre loi que la loi nationale, la loi du domicile notamment, assume la fonction de loi unique.

La soumission des successions au statut personnel en général aurait donc beaucoup mieux traduit sur le plan du droit international privé l'idée de l'unité successorale, que ne l'a fait la loi positive, l'article 8 des dispositions préliminaires.

D'ailleurs, une hypothèse très simple se présente fréquemment. Que la succession soit purement mobilière. La loi du dernier domicile à laquelle la loi nationale du *de cujus* le plus souvent enverra, est aussi une loi unique qui régira l'ensemble de la succession et en assurera l'unité. Ce principe, fût-il d'ordre public international, ne sera donc pas violé.

Or, il est très curieux que l'hypothèse de ce genre s'est présentée avec une ampleur plus grande encore justement dans l'espèce sur laquelle s'est prononcé l'arrêt de la Cour de Florence du 28 juin 1927 qui semble le plus explicite dans ses motifs en faveur de la liaison de la disposition de l'article 8 avec la théorie de l'ordre public international. En effet, dans cette affaire, il s'agissait de la succession d'un Belge dont les effets successoraux tant mobiliers qu'immobiliers se trouvaient en Italie et en Belgique seulement. Par conséquent, l'application à la partie de la succession se trouvant en Belgique de la *lex domicilii*, loi belge en l'espèce, équivaldrait à l'application de la loi nationale du *de cujus*, de la même loi belge. Le principe de l'unité successorale par application de la même loi, quoique en vertu de règles de conflit différentes, aurait donc été rigoureusement observé. Cependant, la Cour n'a pas voulu retenir ce raisonnement et affirma en principe l'application absolue de l'article 8, abstraction faite des règles du droit international privé belge. Il n'y a donc pas de liaison nécessaire entre l'autorité absolue qu'on veut attribuer à l'article 8 des dispositions préliminaires et son rattachement à une institution interne d'ordre public international, qu'on chercherait à invoquer à l'appui de cette thèse.

D'ailleurs, et en second lieu, l'article 8 n'est pas suffisant non plus, dans cet ordre d'idées.

Qu'on suppose la loi nationale du *de cuius* appliquée, dans ses dispositions internes seules, abstraction faite de ses règles de conflit. Or, cette loi étrangère peut ne pas s'inspirer de l'idée de l'unité successorale, elle peut tenir compte soit de l'origine des biens, soit de leur nature, mobilière ou immobilière. C'est l'hypothèse qui s'est présentée dans l'espèce très instructive qui a été jugée par le Tribunal civil de Florence le 23 juin 1918, dans laquelle le Tribunal (1) et après lui la Cour (2) ont retenu que par application de la loi nationale d'un citoyen britannique, il fallait tenir compte de la situation des immeubles successoraux pour les soumettre soit à la loi anglaise, soit à la loi écossaise, lois locales du territoire compris dans le Royaume-Uni.

Si, à s'en tenir aux arrêts que nous avons cités (3), le principe de l'unité successorale est vraiment d'ordre public international, son maintien, à l'encontre des dispositions de la loi étrangère normalement applicable, devra être assuré par la théorie de l'ordre public international directement, sans que la disposition de l'article 8 y soit de secours quelconque. Ainsi, sous cet aspect aussi, la liaison entre l'article 8 et les dispositions d'ordre international du droit interne ne saurait s'établir non plus.

Conclusion des développements contenus dans les cinq premiers chapitres.

Nous pouvons donc conclure sur l'ensemble de ces développements contenus dans les cinq premiers chapitres.

On ne saurait tirer, ni du texte des articles 6 et 8 des dispositions préliminaires, ni de la liaison qu'on chercherait à établir entre l'article 8 surtout et les règles du droit interne concernant la succession, des arguments décisifs en faveur du caractère impératif absolu de ces deux dispositions. Ces arguments propres au droit italien positif écartés, nous pouvons

(1) L. II, §§ 21, 21 bis.

(2) L. II, §§ 22, 22 bis.

(3) *Supra*, p. 34.

maintenant poursuivre nos études sur le plan plus général, et ceci d'une manière d'autant plus naturelle que la discussion de ces arguments d'un caractère particulier au droit italien, nous a permis déjà d'entrevoir mieux la vraie figure des principes devant la grandeur desquels s'effacent les considérations de caractère particulier. Les règles de conflit de la *lex fori*, s'imposent-elles d'une façon absolue au juge en vertu de leur qualité propre ? Y a-t-il des raisons puisées dans leur nature juridique de règles de conflit qui leur attribueraient ce caractère péremptoire ?

Dans l'affirmative, l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère serait nulle. Dans la négative, il conviendra d'en mesurer la portée. C'est donc l'étude d'après le droit italien des raisons alléguées en faveur du caractère impératif des règles de conflit de la *lex fori* qu'il convient d'aborder maintenant. Nous les passerons d'abord en revue. Nous les classerons et les soumettrons à un examen critique ensuite.

CHAPITRE VI

§ 1.

REVUE DES RAISONS QUI PERMETTRAIENT, SUR LE FONDEMENT DES PRINCIPES GÉNÉRAUX, DE FAIRE PRÉVALOIR LES RÈGLES DE CONFLIT DE LA *lex fori* SUR CELLES D'UNE LOI ÉTRANGÈRE.

Le principe que la règle de conflit de la *lex fori* doit toujours prévaloir sur celle d'une loi étrangère a été posé d'une manière assez hésitante à la vérité par la Cour de cassation de Florence le 5 décembre 1895 (1) et ceci à un double point de vue.

La Cour a considéré d'abord les règles de conflit du droit étranger, elle a envisagé ensuite celles de la *lex fori*.

Et sur le premier point :

« On invoque en vain que dans les pays allemands où sont admises les renonciations des filles aux successions paternelles on doit apprécier leur validité selon les lois du lieu où le défunt avait son dernier domicile. »

« Mais cette règle n'a d'effet que dans les limites du territoire allemand et non point en dehors » (2).

La Cour de cassation de Florence déclarerait donc, on semble pouvoir le déduire de la formule qu'elle emploie, que les règles de conflit de la loi étrangère n'ont pas d'effet extra-territorial, étant territoriales par leur nature même. Bien qu'elle soit plus étroite parce que ne concernant que les règles de conflit de la loi étrangère, on peut la rapprocher d'une doctrine plus générale qu'on trouve dans un arrêt de la Cour de Paris (3).

(1) L. II, §§ 14, 14 bis.

(2) Page 253.

(3) Cour de Paris, 1^{er} août 1905. *Clunet*, 1906, p. 180. « Considérant que les lois de droit international privé sont essentiellement territoriales, que la détermination de la condition des étrangers dans chaque pays rentre dans le pouvoir souverain de l'Etat de ce pays, que les lois

Mais n'en fût-il pas ainsi, la règle de conflit de la *lex fori* devrait prévaloir sur celle de la loi étrangère et nous arrivons ainsi au second point.

« D'ailleurs, le § 300 du Code civil autrichien, identique au dernier alinéa de l'article 7 des dispositions préliminaires, n'est pas applicable pour la solution de la controverse du moment que ce cas d'espèce est compris dans l'hypothèse prévue par l'article 8 des dispositions préliminaires. »

« Ainsi, même s'il est prouvé que la succession se trouve ouverte en dehors du territoire de l'Autriche, ce fait n'a pas d'influence décisive sur la solution du litige, car c'est la loi nationale du *de cuius* qui doit prévaloir toujours et sans distinction aucune. »

C'est la Cour d'appel de Rome qui a cherché à donner une certaine justification du caractère impératif des règles de conflit de la loi italienne, de l'article 6 notamment, dans son arrêt du 1^{er} décembre 1906 (1). La Cour déclare que le but de l'article 6 est d'assurer l'application à l'état et la capacité des personnes d'une règle précise et certaine, permettant de juger de l'efficacité des actes juridiques par elle accomplis.

Cette règle serait d'ailleurs établie dans l'intérêt majeur (nelle interesse precipuo) du commerce juridique, qui a lieu en Italie, et devrait, par conséquent, se voir reconnaître un caractère absolu et impératif. Et la Cour cherche à étayer sa doctrine par un raisonnement qui lui est personnel.

« En dernière analyse, cette règle dispose : la loi italienne veut apprécier un rapport juridique où intervient une question de capacité personnelle avec les mêmes critères d'après lesquels cette capacité aurait été appréciée, si ce rapport de droit avait pris naissance dans l'État dont est ressortissante la personne qui l'a contracté. »

édictées pour cet objet n'ont aucune répercussion hors du pays, mais que réciproquement les lois étrangères n'y peuvent porter atteinte, qu'il n'est au pouvoir d'aucun Etat d'en imposer l'application, des lois différentes de même nature existant à l'étranger ».

Nous ne faisons pas ici de critique de cette formule de la Cour de Paris, qui a admis une confusion évidente entre la question de la condition des étrangers et celle de conflit des lois, nous faisons seulement remarquer l'idée générale émise à propos de la nature juridique des règles de conflit de lois.

(1) L. II, §§ 18, 18 bis.

Et la Cour de conclure que la loi italienne fait appel, dans l'article 6, des dispositions préliminaires aux « dispositions nationales et non à celles du droit international étranger ».

Que renferme cette doctrine au point de vue du caractère juridique des règles de conflit et la nécessité de faire attribuer une portée absolue aux règles de conflit de la *lex fori* ? Deux postulats semblent s'en dégager :

1° D'abord la règle de conflit de la *lex fori*, article 6 notamment, est d'ordre public international, parce que prise *in interesse precipuo*, de l'ordre juridique italien, — d'ailleurs la Cour ne distingue pas nettement en ce qui concerne la loi italienne entre le droit interne et le droit international privé.

2° Tant l'article 6, que les règles correspondantes de la loi étrangère seraient des règles territoriales, — celles-là parce qu'on leur doit refuser tout effet extra-territorial, — celles-ci parce qu'édictees dans l'intérêt des effets des actes juridiques pouvant se produire sur le territoire italien seulement (1).

La Cour de cassation de Rome, qui a eu à envisager la même question, n'a pas repris dans son arrêt du 18 mai 1909 cette argumentation, — elle s'est bornée à affirmer d'une manière péremptoire, que... « dans le conflit entre deux législations de droit international privé, quant à la question « d'application de la loi du domicile ou de la loi nationale, la « préférence (la prevalenza) doit être donnée sans aucun doute « à la nôtre ». La Cour de cassation ne donne aucun motif de sa décision, elle ne précise pas non plus la portée de la règle qu'elle pose, mais elle isole nettement de l'ensemble du droit d'un pays ses règles de droit international privé et leur attribue une vigueur spéciale et exclusive de toute concurrence de règles de droit international privé étranger. Cet arrêt a produit, malgré son insuffisance doctrinale, un effet considérable. Le haut degré de juridiction qui l'avait rendu, et le concours d'éminents magistrats qui avaient pris part à sa rédaction y ont certes contribué (2). Il a servi de point de départ, semble-t-il, à une jurisprudence qui, pour en dégager la portée, a dirigé son effort sur la notion même des règles du droit international privé. Tout d'abord doivent être rappelées ici deux

(1) L. II, §§ 20, 20 bis.

(2) Voyez l'allusion qui y est faite dans le jugement du Tribunal civil de Florence du 23 juin 1918, *infra*, p. 284.

décisions extrêmement importantes du Tribunal civil de Florence du 23 juin 1918 (1) et sur appel de la Cour de Florence du 23 janvier 1919 (2) dans l'affaire de la succession Savage Landor.

A la vérité, ces deux décisions n'ont pas fait prévaloir les règles de la *lex fori* sur celles de la loi étrangère, mais elles contiennent une analyse dont se sont emparées les décisions ultérieures pour affirmer le caractère absolu des règles de conflit de la *lex fori*. L'intelligence de celles-ci sera donc impossible sans qu'on ait présente à l'esprit la doctrine de ces deux décisions.

Il s'agissait de savoir s'il fallait appliquer à la condition d'une personne, sujet britannique elle-même et fils d'un sujet britannique, sa loi nationale, ou par le renvoi celle de son domicile en Italie ; le même problème se posait pour établir ses droits successoraux. Or, contre l'application de la loi du domicile qui devait résulter de la prise en considération des règles de conflit de la loi nationale de l'intéressé, on objectait, en s'appuyant sur les solutions de la jurisprudence, sur l'arrêt de la Cour de cassation de Rome de 1902 tout spécialement, il faut le croire, que les règles de droit international privé d'une loi étrangère devaient s'effacer devant celles de la *lex fori*.

Sans se rallier à ce point de vue, le demandeur, au lieu de combattre directement l'autorité de l'arrêt de Rome, a posé la question de savoir si cette jurisprudence était applicable aux difficultés de l'espèce, il s'agissait vraiment en l'espèce des règles du droit international privé étranger et non pas des règles du droit britannique interne. En effet, faisait-il remarquer, et cette argumentation a été retenue par le Tribunal, il s'agissait, dans l'espèce jugée par la Cour de cassation de Rome, de la loi d'un État où à côté des règles de droit interne en vigueur sur tout le territoire, existe une règle de droit international privé indiquant quelle loi étrangère il faut appliquer le cas échéant, dans les litiges comprenant des éléments d'extranéité, tandis que dans l'affaire Savage Landor, il s'agit d'appliquer une règle interne d'un État fédéré, qui indique laquelle parmi les lois locales, écossaise, anglaise, irlandaise, doit être appliquée selon les circonstances de fait.

(1) L. II, §§ 21, 21 bis.

(2) L. II, §§ 22, 22 bis.

Cette règle britannique, concluait le demandeur, destinée aussi à régler le cas échéant les conflits de loi internationaux, ne serait guère ainsi une règle de droit international privé, qui tomberait sous le coup de l'exclusive prononcée par l'arrêt de Rome. Nous avons présenté dans l'autre partie de cet ouvrage l'analyse de cette manière de voir (1), retenons seulement ici dans l'ordre d'idées qui nous intéresse maintenant que, à la faveur de la particularité de la constitution de l'État britannique, a été posée ainsi la question de la nature juridique des règles de conflit d'une loi étrangère, sur le point de savoir si elles font, oui ou non, partie du droit interne.

La Cour de Florence, en s'engageant résolument à son tour sur la voie ouverte par la décision du Tribunal de Florence, y a fait un pas de plus.

Sans doute, la Cour admet-elle aussi que la constitution de l'État britannique est un facteur extrêmement important pour la détermination de la nature juridique des règles de conflit de cet État. Son argumentation en faveur du rejet de l'appel y trouve même sa base principale. Mais ensuite, en se dégageant des particularités de l'espèce, la Cour fait cette déclaration remarquable :

« Que si, éventuellement, la même règle reçoit le contenu de règle de droit international en ce qu'elle s'applique aussi à un sujet britannique qui, étant à l'étranger, se trouve dans certaines circonstances de fait, elle est toujours surtout et avant tout une règle de *législation interne comme le sont en général toutes les dispositions de droit international privé, sans que soient exclues, bien entendu, celles établies par notre Code civil* » (2).

Qu'exprime, au fond cette formule dont l'importance n'est égale qu'à sa brièveté ?

Elle renferme une proposition et elle laisse subsister une lacune.

1. En la rapprochant de cette règle posée aussi par la Cour « que le caractère interne ou international ne peut résulter « que de la source formelle de la règle, à savoir du droit interne « ou international ».

(1) L. II, §§ 21 bis, 22 bis.

(2) Page 297 et le commentaire p. 304 et les observations de M. Anzilotti sous l'arrêt dans la *Rivista*, 1918, p. 281.

On est amené à conclure que les règles coutumières du droit international privé anglais résultant de la *common law*, c'est-à-dire de la source interne nationale anglaise doivent être considérées comme ressortissant du droit interne anglais, de même que les règles de conflit contenues dans le Code civil italien doivent être considérées comme des règles nationales italiennes et, partant, ressortissent du droit italien interne.

Il aurait été autrement si elles résultaient des conventions internationales ou de la coutume du droit des gens. Elles ressortiraient dès lors du droit international.

2. Mais la formule de la Cour d'appel de Florence contient une lacune considérable. Le classement au point de vue général des règles de droit international privé dans le domaine du droit interne d'un pays, supprime-t-il la nécessité de s'expliquer de plus près sur leur nature juridique, d'examiner si les règles de conflit prises dans leur ensemble ne doivent être traitées au point de vue juridique d'une manière différente des autres règles de droit interne, si elles n'y forment pas un corps à part, ayant une portée particulière ? Si on s'insurge contre la coutume classique qui leur assigne une place à part, ne faut-il pas expliquer les raisons de cette manière de voir ?

Ces deux décisions des juridictions florentines ont influencé celle de la Cour de cassation de Naples du 5 janvier 1920 (1). Amenée à se prononcer au sujet de la succession d'un ressortissant britannique domicilié en Italie, cette haute juridiction a retenu tout d'abord la doctrine des juridictions florentines. Ainsi, pour la Cour de cassation de Naples, ces règles de conflit du droit interne, même si elles fonctionnent à titre de vraies règles de droit international privé, pour la solution des conflits avec une loi étrangère et ont ainsi un caractère mixte, restent néanmoins essentiellement des règles de conflit de la loi britannique interne. « Que le testateur ait été domicilié en Italie et y eut ses biens, sa succession ne pouvait être régie que par nos lois ; ainsi auraient jugé les magistrats britanniques tenus d'observer le droit objectif de leur pays de quelque nature qu'il soit et obligés, vu le domicile et la situation des biens, d'appliquer notre loi successorale. » Avec cette formule bien connue depuis l'arrêt de la Cour de Lubeck (2), la Cour de cassation de Naples semblerait se ranger ainsi du côté des partisans de

(1) L. II, §§ 23, 23 bis.

(2) *Infra*, pp. 168 et ss.

la plus large autorité à attribuer aux règles de conflit de la loi étrangère normalement applicable.

Non seulement elles sont assimilées aux autres règles du droit interne étranger, mais encore le champ de leur application doit être le même que celui qui leur aurait été attribué si cette loi étrangère était appliquée par ses juges nationaux. Il n'y aurait donc rien, semblerait-il, dans la nature de ces règles de conflit qui rendrait leur application différente de celle d'une autre règle quelconque d'une loi étrangère normalement applicable. Ce serait à tous les points de vue le droit commun. Et c'est justement sur ce terrain de droit commun que la portée en apparence si large de la théorie présentée dans l'arrêt recevra une très sévère restriction.

« Si ce sont les juges italiens qui doivent juger, ceux-ci doivent rechercher les diverses règles édictées par le droit objectif britannique, soit uniquement de nature privée et interne successorale, soit de nature internationale privée, de loi ou de conflit de forme en vue d'appliquer seulement celles de la première espèce et non pas celles de la seconde. »

A quel dessein doit donc être faite cette discrimination dans le corps du droit interne étranger qu'on avait déclaré homogène quant à la nature juridique de ses dispositions ? Pour ne pas les appliquer ! Par quel procédé de technique juridique y arrivera-t-on ? En les opposant aux règles de conflit de la loi italienne et en considérant celles-ci d'ordre public.

« Il (le législateur italien) n'a pas également permis que, en cas de divergence entre deux lois de droit international, soit de conflit, soit de forme, la loi étrangère prévale sur la loi italienne, ces lois étant d'ordre public. »

On resterait ainsi sur le terrain du droit commun et n'opérerait que par les moyens admis par le droit commun. Toute règle de droit interne ne peut-elle pas évincer à titre de règle d'ordre public international une règle correspondante de la loi étrangère normalement applicable.

On ne sera pas étonné dès lors que, vu l'importance du problème juridique soulevé, la Cour d'appel de Florence, dans son arrêt du 28 juin 1927, ait soumis cette question à un nouvel examen :

« Notre loi exclut d'une manière absolue et complète pour le juge italien le pouvoir de tenir compte des règles de droit international privé en vigueur dans les pays étrangers, et

notamment des règles qui, dans un État étranger, affirment une compétence législative qui n'est pas admise par la *lex fori* ; elle part, au contraire, de la conception qu'il doit tenir compte exclusivement de la détermination de la compétence législative par la *lex fori* » (1).

L'impératif des règles de conflit tiendrait donc, selon la Cour de Florence, à ce que la loi a voulu déterminer par leur moyen sa propre compétence législative, et refuser tout acte de ce genre au législateur étranger, et dénie par conséquent toute autorité à ses yeux aux règles de droit international privé de la loi étrangère. Quelle sera, dès lors, la nature juridique de ces règles ? La Cour affirme que l'article 8 n'est pas par conséquent, n'étant que l'œuvre de la volonté unilatérale du législateur, l'expression de droit international, le législateur italien n'ayant pas eu la prétention d'imposer sa volonté au monde, mais l'article 8 n'est pas non plus contraire au droit international, c'est-à-dire à une règle établie même en dehors des traités par la coutume du droit des gens, — la règle *tot hereditatis quot territoria* contraire à l'article 8 des dispositions préliminaires ne pouvant pas être considérée comme consacrée par la coutume internationale.

Ce point est repris d'ailleurs dans l'arrêt du 19 décembre 1931 de la Cour de cassation du Royaume (2) qui, tout en niant comme la Cour de Florence l'existence du *principe pareil* du droit international public, montre dans quelle mesure il aurait pu exercer une influence sur les dispositions légales italiennes, eût-il existé. L'article 8 ressortit-il, partant, du droit interne ? La Cour du Royaume garde le silence sur ce point ; la Cour de Florence ne le dit pas non plus nettement et elle semble considérer les règles de conflit comme un corps de dispositions de droit international privé qui, bien que comprises dans le droit interne, se distinguent de ses autres règles en ce qu'elles déterminent leur compétence d'abord et celle des règles internes de la loi étrangère ensuite. D'ailleurs, fait remarquer la Cour, ce caractère de la conception du législateur n'est pas autre chose que la conséquence inévitable des conditions actuelles de droit international privé, émanation de la volonté des États souverains, chacun d'eux agissant indépendamment des autres.

(1) L. II, §§ 24, 24 bis.

(2) L. II, §§ 25, 25 bis.

§ 2.

CONCLUSION

Tels sont les divers raisonnements par lesquels on a cherché à justifier la préférence qu'il conviendrait de donner aux règles de conflit de la *lex fori*, de la loi italienne notamment sur celles de la loi étrangère devenue applicable par indication de ses règles de conflit.

Il est assez malaisé de réduire cet ensemble hétéroclite aux idées fondamentales, suffisamment simples et précises.

La difficulté est d'autant plus grande que les arrêts italiens ne réunissent pas le plus souvent dans une idée générale tant les règles de conflit de la loi étrangère que celles de la *lex fori*. Ainsi, si l'arrêt de la Cour de cassation de Florence du 5 décembre 1895 parle de la territorialité des règles de conflit de la loi étrangère, il n'attribue pas expressément le même trait aux règles de conflit de la *lex fori*; si l'arrêt de la Cour de cassation de Naples du 5 janvier 1920 qualifie les règles de conflit de la *lex fori* de règles d'ordre public international, il ne s'occupe dans cet ordre d'idées que des règles de la *lex fori*, de la loi italienne. L'incertitude doctrinale ne laisse pas que d'augmenter de ce chef. Toutefois, il y a dans les arrêts des critères plus généraux qui visent les règles de conflit comme telles, sans distinguer entre celles de la *lex fori* et celles de la loi étrangère. C'est à leur examen que nous nous attacherons en premier lieu; nous verrons ensuite si les traits épars attribués par les arrêts, soit aux règles de conflit de la *lex fori*, soit à celles de la loi étrangère ne pourraient être rattachées aux mêmes idées générales.

CHAPITRE VII

LES RÈGLES DE CONFLITS DE LA *LEX FORI* DOIVENT-ELLES ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ?

§ 1.

Les décisions des juridictions florentines de 1918-1919 (1) d'abord, l'arrêt de la Cour de cassation de Naples de 1920 (2) ensuite, ont déclaré que les règles du droit international privé ressortissaient du droit interne. De même, la Cour d'appel de Florence, dans son arrêt de 1927 (3) a implicitement admis la même conception en leur niant le caractère de règles de droit international. Seulement l'identité des termes de ces décisions masque une différence considérable dans les idées qu'ils expriment.

En effet, les décisions florentines de 1918-1919 ont déclaré les règles de conflit de la loi britannique et ensuite plus généralement les règles de conflit d'une loi quelconque, celles de la loi italienne y comprises, comme ressortissant du droit interne, — par opposition à leur caractère spécial de règles de droit international privé. De cette manière elles arrivaient à les assimiler aux autres règles de droit interne et leur attribuer les mêmes effets d'expansion extra-territoriale. En d'autres termes, l'affirmation de ce caractère général des règles de conflit avait surtout pour but d'assurer la portée extra-territoriale aux règles de conflit de la loi étrangère normalement applicable, de montrer que prises en elles-mêmes, elles ne renfermaient aucun obstacle à leur portée extra-territoriale. Au contraire, les deux autres décisions, celle de la Cour de cassation de Naples de 1920 et d'une manière beaucoup moins nette celle de la Cour d'appel

(1) L. II, §§ 21, 21 *bis* ; 22, 22 *bis*.

(2) L. II, §§ 23, 23 *bis*.

(3) L. II, §§ 24, 24 *bis*.

de Florence de 1927 admettaient le caractère interne des règles de conflit en portant toute leur attention sur celles de la *lex fori*, pour les opposer ainsi aux règles de droit international dans le sens large du mot, c'est-à-dire pour montrer que libre sous ce rapport de toute obligation internationale, le législateur italien est libre de donner à ses règles de droit interne, de la *lex fori*, telle portée et telle force exclusive, qu'il lui plairait de leur attribuer.

Dans cet ordre d'idées, la Cour de Naples les déclarait d'ordre public international et sa doctrine doit être rapprochée de celle de l'arrêt de la Cour d'appel de Rome du 1^{er} décembre 1906 (1) qui, sans classer expressément les règles de conflit de la *lex fori* parmi celles de la loi interne, ne les rattacha non plus au droit international, mais expliqua le caractère impératif de l'article 6 par l'intérêt majeur de l'ordre juridique italien.

La Cour d'appel de Florence (2) les considérait comme des règles destinées à déterminer sa compétence législative, que le législateur italien, dans la plénitude de l'indépendance de sa souveraineté, comme tout autre législateur d'ailleurs, peut établir comme il l'entend. C'est pour ces raisons que la Cour de cassation de Rome dans son arrêt de 1909 (3) n'a pas su dégager, qu'en principe, abstraction faite des accidents de rédaction et de la liaison plus ou moins fortuite avec les dispositions du droit interne, les règles de droit international privé devraient s'imposer au juge saisi.

Nous considérerons dans ce chapitre l'argumentation de l'arrêt de Naples.

§ 1.

La formule qui exprime que les règles de conflit de la *lex fori* sont d'ordre public et qu'elles doivent se substituer dès lors à celles de la loi étrangère est assez singulière, et ceci tant au point de vue de la forme du raisonnement, que de son fond. A suivre la marche habituelle de raisonnement en matière de l'application de la théorie de l'ordre public international, on aurait dû dire : nous sommes en présence de la loi étrangère

(1) L. II, §§ 18, 18 bis.

(2) L. II, §§ 24, 24 bis.

(3) L. II, §§ 20, 20 bis.

normalement applicable, mais cette loi contient une telle ou telle autre institution dont le fonctionnement sur notre territoire serait contraire à notre notion d'ordre public international, — en vertu de cette notion nous allons par conséquent lui substituer une institution correspondante de la *lex fori*.

Cette marche normale du raisonnement suppose donc nécessairement l'examen préalable de l'institution étrangère appelée à fonctionner éventuellement par la décision de la juridiction saisie. S'il s'avérait qu'elle offrait quelque chose de gravement contraire jusqu'au degré de choquant par rapport à la *lex fori*, elle devrait être écartée au profit d'une disposition de celle-ci.

Mais la manière de raisonner de la Cour de cassation de Naples est toute différente. L'arrêt ne procède à aucun examen des règles de conflit de la loi étrangère, — il ne cherche nullement à découvrir si et sous quel aspect elles seraient contraires à l'ordre public international italien. L'arrêt renverse la marche du raisonnement. Il déclare d'ordre public international les règles de conflit de la *lex fori*, raisonnement qui, sous le terme d'ordre public international, entend quelque chose de tout à fait différent, car l'idée de l'ordre public en droit international privé a pour son fondement, non point le degré plus ou moins grand de l'impératif qui s'attache à une règle de la *lex fori*, mais le degré de différence de principe existant entre une institution de la loi étrangère et l'esprit d'une institution correspondante de la *lex fori*. La justification que la Cour de Naples cherche à donner ainsi à l'impératif absolu des règles de conflit de la *lex fori* en invoquant la théorie de l'ordre public international n'en est pas une au point de vue logique. Elle n'ajoute rien à la décision de la Cour de cassation de Rome de 1909 qui insistait sur leur caractère impératif sans motiver sa décision.

§ 2.

La doctrine de la Cour de cassation de Naples est-elle plus solide au point de vue de l'argument de fond ?

L'ordre public international est une théorie dangereuse par son vague. On ne sait jamais au juste quelle sera la disposition de la loi étrangère qui sera déclarée contraire à l'ordre public

international de la *lex fori*. Toutefois, il faut relever à l'honneur de la jurisprudence italienne qu'elle a cherché à enfermer cette théorie dans des limites assez étroites. Nous examinerons les critères qu'elle a dégagés par rapport à cette matière ; nous verrons ensuite si, d'après eux, la décision de la Cour de cassation de Naples est suffisamment fondée.

Nous pouvons nous rapporter, pour nous éclairer à ce sujet, à l'arrêt de la Cour de cassation de Florence du 5 décembre 1895 (1).

En s'occupant des situations juridiques dans lesquelles il convient d'appliquer normalement la loi étrangère, elle déclare que « pour qu'il soit dérogé à ces principes, il faut qu'il y ait un *conflit d'autorité* » entre la loi étrangère et la loi italienne.

« Et pour déterminer les conditions dans lesquelles un conflit pareil peut se produire, il faut distinguer, d'une part, les lois qui ont pour but de régler directement les rapports et les intérêts privés et, d'autre part, celles qui ont pour but immédiat de régler la constitution politique, économique et morale de l'État. »

Sans doute, la Cour de cassation de Florence se rend parfaitement compte de ce que dans toutes les dispositions du Code civil peut se trouver une raison d'intérêt public. Mais peut-on, pour écarter l'application de la loi étrangère, s'arrêter à cette seule considération, sans tenir compte de la différence entre les institutions juridiques en vigueur dans différents pays dépendant des conditions différentes de civilisation ? « Résultats d'une autre législation positive, apparentée au point de vue moral à la nôtre (à la législation italienne) et au point de vue politique égale par son droit au respect », pourrait-on ajouter avec la Cour d'appel de Milan (2).

Adopter une manière de voir contraire, c'est-à-dire partir toujours dans l'appréciation de la loi étrangère de la conception de moralité absolue des institutions de la *lex fori*, aurait comme conséquence le refus de toute autorité aux lois étrangères et la prise en considération de la seule *lex fori*.

Cela étant, qu'est-ce qu'il faut entendre par les dispositions de la *lex fori* qui doivent s'imposer à l'encontre de la loi étrangère normalement applicable ?

(1) L. II, §§ 14, 14 *bis*.

(2) 15 juin 1899. L. II, §§ 16, 16 *bis*.

« Celles qui abolissent une institution juridique déterminée. »

La Cour a donné des exemples de ces institutions prosrites : la mainmorte, le fidéicomis, le majorat, l'esclavage, la polygamie et semblables.

Et, remarquons-le tout d'abord, que pour arriver à déterminer le fonctionnement de la théorie de l'ordre public international la Cour, quoiqu'elle semble vouloir définir celles des dispositions de la *lex fori* qui s'imposeraient en vertu de cette théorie, en réalité et très correctement part de l'énumération à titre d'exemple des dispositions de la loi étrangère qui doivent être écartées par application de cette théorie.

Remarquons-le ensuite, — tout en procédant par l'énumération à titre d'exemple des institutions d'une loi étrangère qu'il s'agirait d'écarter, la Cour ne renonce toutefois pas à procéder à une généralisation. Ce sont là les institutions, dit-elle, qui s'incorporent à l'organisation politique et économique de d'État d'une part, à son organisation morale d'autre part. En effet, il est évident que la mainmorte, le fidéicomis, le majorat, représentent des institutions juridiques destinées à promouvoir, tant au point de vue politique qu'économique, les intérêts de l'aristocratie et à imprimer par cela même un caractère aristocratique à l'État dans lequel ces institutions sont admises. Il n'est pas moins évident que l'institution de l'esclavage, tout en ayant aussi une importance sociale et économique immense, doit être considérée surtout au point de vue moral, — la personne humaine envisagée comme telle n'a pas évidemment la même valeur dans un pays où l'esclavage subsiste que dans celui qui l'a aboli. C'est à un point de vue semblable que doit être appréciée la polygamie. La femme, dans un pays où le mariage polygame est admis, ne jouira certainement pas de la même considération et du même respect que dans les États où l'union monogame est seule pratiquée. Ces institutions façonnent, à ne pas en douter, la figure morale de l'État.

Mais qu'on applique ces critères aux règles du droit international de la loi italienne. Pourrait-on sérieusement soutenir que la subordination de l'état et de la capacité des personnes à la loi nationale au lieu de la loi du domicile (art. 6), ou la soumission à la même loi nationale du régime successoral (art. 8), ait produit en Italie depuis 1863 des effets politiques, économiques et moraux profonds, influant sur la constitution

même à ce point de vue de l'État italien ? Peut-on comparer le détail de ces règles qui relèvent surtout de la science juridique, parce qu'inconnues même jusqu'à leur existence par l'immense majorité de la population avec les institutions fondamentales mises en relief par la Cour de cassation de Florence et que nous venons de passer en revue, qui ne manquons pas de provoquer toujours des réactions de l'opinion très définies, une fois mises devant les yeux même du vulgaire ?

§ 3.

C'est ici qu'il convient que nous nous demandions si la doctrine de la Cour d'appel de Rome de 1906 (1) ne peut être appelée au secours de celle de la Cour de cassation de Naples. La Cour d'appel de Rome a déclaré, en effet, que la règle de conflit de l'article 6 est prise dans l'intérêt majeur du commerce juridique italien, pour pouvoir juger avec certitude de l'efficacité des actes juridiques, soit passés en Italie, soit produisant leurs effets dans ce pays. Qu'un étranger fasse un acte juridique quelconque en Italie, il suffira de connaître sa loi nationale pour apprendre, s'il avait la capacité requise pour pouvoir l'accomplir, — il ne faudra jamais se préoccuper du point de savoir si la loi étrangère ne subordonne pas sa capacité à la loi du domicile, ou chercher à établir le lieu de ce domicile.

Tel est l'intérêt qui commande l'impératif de la règle de l'article 6. Nous pouvons admettre sans grande difficulté, que la solution aurait été la même, s'il s'agissait de l'application du statut personnel aux successions d'après l'article 8 ; que la succession s'ouvre en Italie, ou produise ses effets en Italie, on peut tenir le même langage que par rapport à l'article 6 ; l'intérêt du commerce juridique italien postulerait la certitude quant à la loi applicable, et la règle de l'article 8 désignant dès lors, d'une manière invariable, la loi nationale y satisferait et serait, partant, d'ordre public.

La théorie de la Cour de Rome pourrait être appliquée à l'espèce jugée par la Cour de Naples, mais est-elle conforme à sa doctrine ? Non, sans doute.

(1) L. II, §§ 18, 18 *bis*.

En effet, la Cour de Naples admet, en principe, la règle de conflit de la loi étrangère dans toutes les hypothèses, où elle fait intervenir une loi étrangère, — elle l'écarte seulement dans le cas où elle fait appel à la loi italienne.

Par conséquent, dans le système de la Cour de Naples, la certitude quant à la loi applicable n'est pas un motif déterminant l'application invariable de la règle de conflit de la *lex fori*, car dans l'hypothèse de la *Weiterverweisung* elle admet fort bien l'application de la loi tierce, différente de la loi nationale du défunt, ce qui ne serait pas possible par application de la théorie de la Cour d'appel de Rome. La préoccupation de celle-ci d'assurer la certitude par rapport à la loi applicable n'est donc pas celle de la Cour de Naples.

On voit ainsi que la Cour de Rome impose l'application de la règle de conflit de la *lex fori*, dans la matière du statut personnel du moins, d'une manière plus large et pour un motif qui est étranger à la Cour de cassation de Naples.

S'il en est ainsi quant à l'économie de ces deux théories, la différence est aussi grande au point de vue des moyens de technique juridique employés par les deux arrêts.

Dans la doctrine de Naples, on fait appel à l'ordre public international dans le sens technique du mot, en substituant une règle du droit italien à une règle de droit étranger normalement applicable. Du point de vue technique, cette manière de voir s'appuie sur la conception de la loi étrangère prise dans son ensemble, comme loi interne, ce qu'a admis, d'ailleurs, la Cour de cassation de Naples.

Au contraire, pour la Cour d'appel de Rome, il ne s'agit pas de la théorie de l'ordre public international dans le sens technique du mot. Dans sa doctrine, on ne fait point appel à la loi étrangère, prise dans son ensemble ; les règles de conflit en sont exclues, par définition, car la Cour les qualifie de règles territoriales. Point n'est besoin, dès lors, pour les écarter, de faire appel à la théorie de l'ordre public international, au sens technique du mot. Il faut donc nécessairement conclure que si la Cour de Rome met en avant l'idée de *l'interesse precipuo* italien, qui commande l'application invariable des règles de conflit du droit italien ayant trait au statut personnel, ce n'est pas la théorie de l'ordre public international qui doit lui servir de point d'appui technique, mais celle de l'ordre public tout court.

Cette analyse nous conduit à la conclusion, qu'il est difficile d'étayer la doctrine de l'arrêt de cassation de Naples par des raisonnements empruntés à l'arrêt de Rome, leur économie, malgré l'apparente similitude, étant différente, — mais il faut qu'un point encore soit examiné.

Si l'arrêt d'appel de Rome met en avant la préoccupation de certitude comme *interesse precipuo* de l'ordre juridique italien, et bien que, au point de vue technique, il ne s'agisse ici que de l'ordre public interne, mais non point de l'ordre public international, ne convient-il pas de déduire de l'arrêt de Rome, que même si on admettait le principe d'extension extra-territoriale des règles de conflit de la loi étrangère, celle-ci devrait céder le pas en Italie aux règles italiennes établies en vue de la certitude des rapports juridiques, dans l'intérêt majeur du commerce italien ?

On peut en douter pour plusieurs raisons.

Et tout d'abord, il est frappant que l'intérêt de la certitude quant à la loi applicable dans les rapports privés n'a pas échappé non plus à la Cour de cassation de Florence qui, dans son arrêt du 5 décembre 1895, a examiné avec un soin particulier le fondement et les limites d'application de la théorie de l'ordre public international.

Mais si la certitude est considérée aussi par la Cour de cassation de Florence comme un élément intéressant à un haut degré les rapports juridiques privés, elle déclare, — en se ralliant ainsi à la doctrine de la Cour de cassation de Palerme dans son arrêt de 1894 (1), — que c'est l'intérêt des particuliers, et non point celui de l'ordre juridique italien qui milite en sa faveur. Ainsi, la manière de voir de la Cour d'appel de Rome reste isolée.

D'autre part, cet intérêt de certitude n'est pas parmi ceux que la Cour de cassation de Florence déclare d'ordre public international, comme nous l'avons pu voir, ayant eu déjà l'occasion de rapprocher cet arrêt de celui de la Cour de cassation de Naples. Et ce serait une erreur que de prétendre qu'il y a ainsi une omission dans la doctrine de la Cour de cassation de Florence qui aurait pu être utilement complétée par celle de l'arrêt de 1904 de Rome.

Car il ne faut pas perdre de vue que le législateur italien lui-

(1) L. II, §§ 12, 12 bis.

même n'a pas érigé la considération de certitude en règle d'ordre public international, puisque lui-même, dans l'article 7 des dispositions préliminaires, a admis une règle à laquelle cette idée est évidemment tout à fait étrangère.

Il ne faut pas perdre de vue, non plus, même en faisant abstraction du rapprochement avec l'arrêt de la Cour de cassation de Florence, que s'il ne s'agissait que d'assurer la certitude dans l'application de la loi, le triomphe de la règle territoriale serait celui qui donnerait de la manière la plus simple le résultat le plus complet. Mais ce serait sans doute la négation de tout le progrès accompli par le droit international privé depuis des siècles. D'ailleurs, la Cour d'appel de Rome a eu elle-même, il est permis de le croire, quelques doutes quant au bien-fondé de sa solution.

Elle semble comprendre, surtout peut-être en connaissance de la saine doctrine de l'arrêt de Milan de 1899 (1), qu'elle ne pouvait tout de même pas choisir, comme moyen d'assurer la certitude du commerce juridique, l'application abusive de la loi étrangère. C'est pourquoi, pour ne pas étendre, en dehors du territoire étranger, la loi étrangère qui est confinée à ce territoire par le législateur qui y a le pouvoir de commandement, la Cour de Rome met en avant l'argument de la fiction. Elle estime qu'en dernière analyse le législateur italien considérerait les actes juridiques dont l'efficacité doit être appréciée d'après le critère de l'article 6, comme s'ils avaient eu lieu dans le pays étranger dont la loi interne s'appliquerait alors tout naturellement. Cette manière de raisonner peut-elle être admise ? Nous ne le croyons pas.

Elle reposerait sur une conception inexacte de la fiction.

La fiction n'est que le moyen dépendant de l'impérium du juge, de suppléer à une lacune de la loi civile pour la rendre applicable à un ensemble de faits déterminés. Elle supprime un obstacle juridique à l'application d'une règle légale (2).

Mais peut-on agir de cette manière par rapport à la loi étrangère, supprimer ainsi un obstacle juridique que le législateur étranger pose lui-même à l'application de sa loi ? Tous les développements que nous avons consacrés dans ce livre à

(1) *Supra*, p. 51.

(2) *Conf. Gaius*, IV, 37.

la notion de la loi et de la souveraineté nous imposent, en dehors de tout doute possible, une réponse négative.

§ 4.

Nous pouvons donc conclure que la déclaration de la Cour de cassation de Naples, concernant le caractère d'ordre public international des règles de conflit de la *lex fori*, même rapprochée de la doctrine de la Cour d'appel de Rome de 1904, apparaît à l'examen comme une affirmation dépourvue de fondement juridique solide.

Au surplus, fût-elle admise, elle conduirait à des conséquences juridiques singulières.

En effet, souvenons-nous en, la Cour de cassation de Naples a admis l'autorité des dispositions de conflit de la loi étrangère en tant qu'elles aboutissent à la *Weiterverweisung*, — mais elle s'est refusée à les admettre en tant qu'elles sont susceptibles de conduire à la *Rückverweisung*. Quelle est, en définitive, l'économie de cette solution ?

Dans le cas de la *Weiterverweisung*, deviendra applicable aux yeux du juge italien la loi étrangère tierce. Il s'ensuit deux conséquences :

1° D'abord, en thèse générale, la disposition légale qui serait définitivement appliquée par le juge saisi sera différente de celle de la *lex fori*.

2° Cela étant, il se peut que la divergence de cette disposition légale de la loi étrangère et de la règle correspondante de la *lex fori* sera à tel point radicale que celle-ci devra être substituée à celle-là, en vertu justement de la théorie de l'ordre public international, fonctionnant dans son domaine propre et naturel. La reconnaissance de l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère est donc parfaitement compatible avec le fonctionnement de la théorie de l'ordre public international sagement appliquée.

Mais qu'on examine maintenant l'hypothèse de la *Rückverweisung*. Si on admet ici, comme on venait de l'admettre pour la *Weiterverweisung*, l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère, on aboutira aussi à une double conséquence :

1° On appliquera nécessairement au rapport de droit litigieux

la disposition de la *lex fori* même, c'est-à-dire celle de la loi italienne.

2° Dès lors, la règle légale à laquelle on fera appel en définitive ne pourra dans ce cas être d'aucune façon contraire à l'ordre public international. Cette théorie ne jouera donc pas.

Comment peut-on soutenir, dès lors, que l'ordre public international italien puisse être intéressé à ce qu'on n'admette pas le renvoi à la *lex fori* ?

Nous arrivons donc à une conclusion très ferme. Non seulement l'affirmation de l'arrêt de Naples que les règles de conflit de la *lex fori* sont d'ordre public international ne repose sur aucun argument sérieux, mais encore la reconnaissance de l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère par rapport à la *lex fori* assure à tel point le respect de la *lex fori* quant à l'idée de l'ordre public international, qu'elle rend même cette théorie inutile dans cette hypothèse.

La doctrine de la Cour de cassation de Naples doit donc être écartée sur ce point. Les règles de conflit de la *lex fori* ne sauraient être déclarées de l'ordre public international.

A plus forte raison, en est-il ainsi des règles de conflit de la loi étrangère normalement applicable. La notion de l'ordre public international ne peut fonctionner par définition que par rapport à la loi du juge saisi (1).

(1) Cour d'Appel de Venise, 1^{er} févr. 1895. L. II, §§ 12, 12 bis.

CHAPITRE VIII

LES RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ PEUVENT-ELLES ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME UNE ŒUVRE INDÉPENDANTE DU LÉGISLA- TEUR, ÉTABLISSANT SA PROPRE COMPÉTENCE LÉGISLATIVE DANS LE DOMAINE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ?

Nous avons déjà fait remarquer que la Cour d'appel de Florence, dans son arrêt de 1927 (1), a retenu la doctrine du Tribunal et de la Cour de Florence des années 1918-1919 (2), ainsi que celle de la Cour de cassation de Naples (3) en ce qui concerne la nature des règles de droit interne des dispositions du droit international privé.

Mais elle a ajouté que, ne résultant d'aucun engagement du droit international public, n'étant pas non plus consacrées par la coutume du droit des gens, elles demeureraient l'œuvre indépendante du législateur qui détermine souverainement sa propre compétence législative, dans le domaine du droit privé. Dès lors, si la manière dont un législateur entend les limites de sa souveraineté ne correspond pas à celle d'un autre législateur, un conflit surgit, dans lequel ce sont les règles de la *lex fori* que le juge saisi devra faire prévaloir sur celles de la loi étrangère. En le faisant, le juge ne fait qu'obéir à sa propre loi, ce qui ne serait qu'une conséquence naturelle de ce que dans l'état actuel du droit, l'indépendance absolue des États distincts est le fait même de la souveraineté qui est reconnue à chacun d'eux.

C'est une conception toute identique qui a permis à M. Martin de définir le droit international privé comme conflit de souverainetés dans le plan des rapports du droit privé (4). Le carac-

(1) L. II, §§ 24, 24 *bis*.

(2) L. II, §§ 21, 21 *bis* ; §§ 22, 22 *bis*.

(3) L. II, §§ 23, 23 *bis* et *supra*, p. 44.

(4) *Principes*, t. I, pp. 14-30.

rière impératif des règles de conflit aurait donc sa source dans le droit de chaque État de définir les limites de sa propre souveraineté. Cette doctrine apparaît comme solide et profonde à la fois, — elle semble se réclamer de la réalité des choses, elle remonte au fondement même du droit international privé. Elle exige donc un examen sérieux.

Et en premier lieu, il s'agit de saisir avec un peu plus de précision ce qu'il faut entendre par la notion de la souveraineté dans la matière de droit privé ou en d'autres termes du droit de l'État d'établir les limites de sa compétence législative dans cette matière.

On pourra déterminer ensuite à ce point de vue la vraie portée des articles fondamentaux des dispositions préliminaires du Code civil italien.

§ 1.

La notion de la souveraineté n'a pas vu, certes, le jour dans la matière que nous étudions maintenant. Elle est une notion de droit public au premier chef.

La souveraineté réduite à sa plus simple expression n'est autre chose que le pouvoir de commandement qui appartient à un État par rapport aux choses et aux personnes. L'étendue et la portée de la souveraineté coïncident précisément avec le pouvoir de l'État de faire des lois. Nous avons déjà été amenés à nous expliquer sur ce point (1). Directement, l'État a le pouvoir matériel de commander par rapport à toutes les choses et toutes les personnes se trouvant sur son territoire ; indirectement, à toutes les personnes se trouvant même à l'étranger qui sont rattachées à lui par des liens d'allégeance.

Peut-on dire, dès lors, que la souveraineté de l'État ou sa compétence législative sont déterminées par lui souverainement ? Certes non, parce qu'autre chose est l'indépendance et l'intensité du pouvoir de l'État dans les limites dans lesquelles il s'exerce, et autre chose ses limites.

Si celles-là peuvent être considérées comme ne trouvant leur mesure que dans la volonté même de l'État (l'exemple de la République des Soviets et de l'État allemand en est la preuve,

(1) Voir *supra*, ch. II, § 2.

provisoirement du moins), il en est tout autrement pour celles-ci.

Peut-on soutenir d'abord que les frontières territoriales de l'État sont définies par lui-même, que c'est sa volonté seule qui les fixe ? Une telle assertion serait inexacte à un double point de vue.

Un État voudrait-il étendre ses frontières, il se heurterait nécessairement à la résistance de ses voisins. Juridiquement, elles ne pourront recevoir aucune extension en dehors d'un accord avec les voisins intéressés, ce n'est donc pas la volonté seule d'un État qui la déterminera. Un accord sur ce point ne pourrait-il être atteint, un conflit armé en décidera en définitive. L'extension de la frontière, si elle est réalisée, représentera l'expression territoriale de la force relative des belligérants, et souvent d'autres puissances qui, même sans intervenir directement dans le conflit, chercheront à prendre part à son règlement. Ce n'est donc pas un seul État qui, même dans une solution reposant sur l'emploi de la force, déterminera les limites de sa propre souveraineté.

La Cour de cassation de Palerme (1) l'a bien remarqué dans son grand arrêt de 1894 quand elle a fait observer qu'il s'ensuit du principe de l'indépendance des souverainetés « que le droit d'une souveraineté trouve sa limite là où il se rencontre avec le droit d'une autre ».

On peut aller plus loin. Un exemple, tiré des relations internationales contemporaines, montre qu'un État n'est pas maître de sa souveraineté non seulement dans le cas où il veut l'étendre au détriment de ses voisins, mais même où il voudrait abdiquer une partie ou la totalité de ses droits, au profit de l'un d'eux. Les limites de la souveraineté ne sont donc nullement quelque chose dépendant exclusivement de la souveraineté elle-même ; leur modification est une affaire internationale, on peut dire même par voie de conséquence, que leur maintien même est une affaire internationale, parce qu'il ne dépend pas complètement de la volonté de l'État qui veut les maintenir, mais également de la volonté de l'État limitrophe qui ne désire pas les violer ; voire même de la volonté de puissances tierces qui ne désirent pas qu'elles soient modifiées. Par conséquent, on peut affirmer que les limites territoriales d'une

(1) L. II, §§ 12, 12 bis.

souveraineté quelconque ne sont nullement l'affaire exclusive de cette souveraineté, et ne sauraient même l'être.

La question devient plus compliquée, sans que la souveraineté gagne dans son absolu, loin de là, s'il s'agit de son exercice sur les personnes.

Dans cet ordre d'idées, il convient de distinguer entre les personnes rattachées par le lien d'allégeance à une souveraineté donnée et celles qui y sont étrangères. Il faut, d'autre part, distinguer entre l'établissement de la souveraineté et son exercice.

Un État quelconque peut-il établir les limites de sa souveraineté personnelle d'une manière absolue ? Non. Il cherchera à s'appuyer sur certains principes juridiques généralement reconnus. Il déclarera ses ressortissants, soit ceux qui seront attachés à lui *jure sanguinis*, soit ceux qui y sont attachés *jure soli*, soit enfin, par un lien contractuel spécial, qui est la naturalisation. Une idée générale embrasse tous ces trois modes de délimitation de la souveraineté à l'égard des personnes. L'État conçoit sa souveraineté personnelle dans la mesure de son pouvoir effectif sur les éléments mêmes de cette partie de sa souveraineté.

Qu'il s'agisse de ses nationaux habitant son propre territoire, sa souveraineté, étayée par le *jus soli* et le *jus sanguinis* à la fois, s'affirmera sans conteste, aucun autre pouvoir ne pouvant effectivement s'en mêler. Paralysée par cet état de puissance, la volonté du particulier ne pourra rien y changer non plus — la qualité de ressortissant d'un autre État fût-elle accordée contre toute vraisemblance à un de ces particuliers restera lettre morte.

Mais qu'il s'agisse des nationaux d'un État qui les tient pour ses ressortissants, *jure sanguinis*, qui cependant, du fait de leur naissance sur le territoire d'un État s'en tenant au *jus soli*, seront revendiqués aussi par cet État, la réalisation effective du pouvoir souverain dépendra en dernier lieu de la réalité des faits. Si la personne en question se trouvait sur le territoire de l'État qui le réclame *jure sanguinis*, il pourra faire prévaloir son droit de la manière souveraine appuyé qu'il sera par la faculté d'exercer son pouvoir effectif sur son propre territoire.

Mais que l'individu à la nationalité litigieuse se trouve dans l'État qui le revendique *jure soli*, le maintien sur sa personne de la souveraineté de son État d'origine ne pourra plus s'affir-

mer par sa seule volonté ; il faudra soit que l'État qui s'appuie sur le *jus soli* consente à s'effacer devant les prétentions du *jus sanguinis*, et alors la situation de l'individu en question et l'établissement par rapport à lui des limites de la souveraineté de l'État de son origine se réalisera par l'accord de ces deux États et, partant, d'une manière toute autre que par l'action indépendante de la souveraineté ; soit que l'individu lui-même, en se soustrayant au pouvoir de l'État le revendiquant *jure soli*, joigne sa volonté à celle de son État d'origine pour parfaire ainsi ce qui manquait à son pouvoir de souverain, c'est-à-dire la possibilité de s'affirmer effectivement par sa seule volonté.

Enfin, le pouvoir de souveraineté sur les personnes ressortissant d'un État soit *jure sanguinis*, soit *jure soli*, soit sur la base contractuelle, sera nécessairement détruit, et ceci en dehors de la volonté souveraine de cet État, si le ressortissant acquiert à l'étranger une nouvelle nationalité. Les limites de la souveraineté personnelle d'un État seront modifiées, soit par son acquiescement à faire cesser le lien d'allégeance du fait pour son ressortissant d'avoir acquis une nouvelle nationalité, acquiescement qui n'a rien de souverain en lui, parce que subordonné à une condition indépendante, la réalisation de la volonté de son ancien ressortissant, soit même à défaut d'un tel acquiescement, dans l'hypothèse où un État, tenant du principe d'allégeance perpétuelle, chercherait à maintenir ce lien en niant à son ressortissant le droit d'acquisition de nationalité étrangère, ou même quand, admettant la faculté de naturalisation, un État chercherait à garder ses ressortissants par le moyen imaginé par la célèbre loi Delbruck. Le droit des gens n'admet ni l'une ni l'autre de ces prétentions.

Un État ne pourra donc pas établir souverainement les limites de sa souveraineté personnelle, à l'égard même des individus qui, à un moment donné, étaient liées à son égard par le rapport d'allégeance.

Il est à peine nécessaire de dire que, s'agissant de personnes qui n'ont été à aucun moment attachées par un lien d'allégeance à un État donné, l'établissement des limites de la souveraineté à leur égard ne se fera jamais par la seule et souveraine volonté de l'État. L'État ne pourra en faire ses ressortissants qu'à condition qu'ils expriment eux-mêmes leur volonté à cette fin. C'est donc par le concours de la volonté du parti-

culier et de celle de l'État que se fera l'extension à leur égard de la souveraineté personnelle. Il n'y a donc rien de souverain dans l'établissement à cet égard des limites de la souveraineté de l'État.

S'il en est ainsi, quant à l'établissement de la souveraineté personnelle, si elle comporte si peu de caractère absolu, du moins celle-ci une fois établie et délimitée, en est-il autrement quant à son exercice ? Il est évident, qu'en ce qui concerne ses propres nationaux, l'exercice de la souveraineté à leur égard ne pourra avoir lieu d'une façon absolue, sans qu'il faille à ce sujet tenir compte de leur bon ou mauvais gré que dans le cas où ils se trouveront sur le territoire de leur État ; en dehors de ses limites, tout ordre qui leur serait adressé par les autorités de leur État ne sera effectif qu'à la condition qu'il soit appuyé soit par les autorités de l'État où les ressortissants en question se trouvent, soit par leur propre volonté d'y obtempérer.

Ces effets seront donc acquis non pas par l'exercice souverain de la volonté de l'État, mais par le concours qu'il recevra soit de l'autorité d'un autre État, soit des particuliers eux-mêmes.

On devra même aller plus loin et dire que dans certains cas le désir du ressortissant d'un pays de faire prévaloir la règle légale de son État sur le territoire étranger ne pourra se réaliser que si la règle étrangère n'y met pas obstacle. La souveraineté par rapport aux personnes ressortissant d'un État perdrait dès lors encore davantage de son prétendu absolu, dépendant que serait son exercice du concours de plusieurs éléments extérieurs, comme on peut s'en apercevoir dans l'affaire jugée par la Cour de Milan le 20 avril 1894 (1), dans laquelle, pour se prononcer sur une action en restitution de dot constituée à Vienne dans un mariage entre un Français et une Autrichienne, la Cour a déclaré que la loi française ayant pour but de protéger ses ressortissants même à l'étranger, ne pourra être retenue qu'en prenant en même temps en considération la loi autrichienne.

Dans une formule un peu exagérée peut-être, la Cour de cassation de Palerme exprime, en 1894 (2), la même idée de l'inef-

(1) L. II, §§ 8, 8 bis.

(2) L. II, §§ 12, 12 bis.

ficacité de la souveraineté personnelle de l'étranger, prise en elle-même : « La manière dont seront traités les nationaux sur le territoire étranger, ne peut être déterminée d'après la loi nationale, qui ne pense pas s'imposer aux autres souverainetés, sauf au moyen de traités avec ces souverainetés. » Si, au contraire, nous envisageons l'exercice de la souveraineté par un État à l'égard des étrangers qui se trouvent sur son territoire, il est non moins évident que celle-ci ne pourra se manifester, sauf de très graves complications internationales, que dans certaines limites reconnues par le droit des gens. Le seul droit qu'un État puisse exercer vraiment d'une manière souveraine, par rapport aux étrangers se trouvant sur son territoire, c'est le droit d'expulsion (1), mais par cela même il les met, une fois la frontière franchie, hors de tout exercice de sa souveraineté, légitime ou arbitraire, qui devient tout simplement impossible (2).

Inutile d'ajouter que, par rapport aux étrangers se trouvant à l'étranger, il ne peut même pas être question d'un exercice quelconque de la souveraineté d'un État qui leur est étranger (3).

Nous arrivons ainsi, par rapport à la notion internationale de la souveraineté, à des résultats très semblables à ceux auxquels nous avait conduits l'analyse de la notion de la loi dans le plan international que nous avons présentée dans le Chapitre III. Rien d'étonnant, d'ailleurs, car la loi n'est qu'une manifestation de la souveraineté, et son autorité et même la qualification juridique de loi n'est qu'une dérivée de la notion fondamentale de la souveraineté, comportant nécessairement les modalités et les restrictions que comporte la notion mère, et qui sont toutes en fonction de la mesure et de l'étendue du pouvoir qu'un État peut exercer quant aux biens et quant aux personnes.

(1) Même dans cette matière, du moins s'agissant des Heimatlos, ce droit trouve ses limites dans le droit des autres États de ne pas voir violer leurs frontières par l'introduction forcée sur leur territoire d'individus qui n'ont pas reçu l'autorisation d'y pénétrer. Voir notre étude à ce sujet dans le *Clunet*, 1933, pp. 1161-1187.

(2) L. II, §§ 6, 6 bis.

(3) L. II, §§ 25, 25 bis.

§ 2.

Considérons maintenant quel est le rapport du caractère des règles du droit international privé du droit italien avec la notion de la souveraineté que nous avons essayée de préciser.

Remarquons tout d'abord qu'un article des dispositions préliminaires, art. 7 (1), est en parfaite harmonie avec la conception de la souveraineté sur le plan international que nous nous en faisons.

D'après cette disposition, les biens sont soumis en principe à l'empire de la *lex rei sitæ*, règle parfaitement rationnelle, visant la loi de l'État qui a le pouvoir de commandement sur les biens.

C'est ce qu'a suffisamment aperçu la Cour de Bologne dans son arrêt du 5 janvier 1875 (2), quand elle déclara que vouloir ignorer, en se décidant par rapport à la loi applicable, le fait de la situation des biens en territoire étranger, équivaldrait à léser le droit de souveraineté territoriale étrangère, bien que cette violation ne se produise que d'une façon immatérielle.

Mais ces idées ont tout à fait échappé à la Cour de cassation du Royaume dans son arrêt du 19 décembre 1931 (3) où on lit non sans étonnement « qu'il n'existe aucun principe du droit international qui limiterait la faculté d'un État de légiférer au sujet des rapports ayant pour objet des biens situés à l'étranger ». Comment le droit international public et la notion de la souveraineté ne s'y opposeraient-ils pas ? Mais de deux choses l'une. Qu'on suppose par impossible que le législateur italien, prenant au sérieux cette prétendue faculté de légiférer par rapport aux biens situés à l'étranger, chercherait par des moyens quelconques à rendre cette législation efficace. Qu'en suivrait-il, sinon une violation manifeste et inadmissible de la souveraineté territoriale étrangère, et du droit des gens, dont le premier et fondamental principe est le respect absolu de

(1) Art. 7. I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, salvo le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano.

I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati.

(2) L. II, §§ 6, 6 bis.

(3) L. II, §§ 25, 25 bis.

l'intangibilité du territoire d'un État étranger en temps de paix. Ou au contraire, le législateur italien se rendrait compte qu'une législation de ce genre serait nécessairement vouée à rester lettre morte et comprendrait que, tout en insérant dans son Code civil des règles prétentieuses, il serait au fond impuissant à leur donner un effet autre que purement verbal. Il se peut que dans cette hypothèse nul ne considère qu'il y ait une violation du droit international public dans une telle manière de procéder, mais mériterait-elle une discussion sérieuse et, — ce qui plus est, — une approbation de la part de la Cour suprême du Royaume.

Mais après cette disposition de principe de l'article 7 suit la réserve, « à moins que la loi en question ne dispose pas autrement ». Réserve parfaitement judicieuse parce que s'il appartient à l'État, sur le territoire duquel sont situés les biens de leur appliquer sa propre loi, il lui appartient aussi de ne pas l'appliquer.

En effet, ce pouvoir s'appliquant aux biens situés sur le territoire italien ne comporte aucune restriction. La *lex rei sitæ* s'appliquera donc sans réserve, et ici la souveraineté italienne s'exerçant dans ses limites territoriales, déterminera souverainement dans le sens même du terme l'étendue de ses limites. Mais, s'agissant de l'application de la *lex rei sitæ* aux biens situés à l'étranger, le désir du législateur italien d'y appliquer la *lex rei sitæ* aussi, ne peut pas recevoir effet, par sa seule volonté ; il faut que la volonté de l'État de la situation réelle des biens s'y joigne. La loi applicable à ces biens n'est donc plus déterminée souverainement par l'État italien. La finale de l'article 7, si exacte dans son inspiration, n'est donc pas et ne saurait être l'expression de la souveraineté civile de l'État italien dans le plan des conflits des lois. Cependant vient ensuite l'article 8, qui dispose dans un esprit tout à fait différent de celui qui a animé l'article 7 quant à l'application de la loi nationale du *de cuius* à tous les biens successoraux, quels que soient l'endroit et le pays où ils puissent se trouver et quelle que soit leur nature. Nous avons déjà montré dans le Chapitre III, qu'à notre avis, cette disposition du Code civil italien ne saurait être juridiquement qualifiée de loi dans tous les sens que sa lettre porterait à lui attribuer. Maintenant, descendant jusqu'au fond des choses, pourrions-nous nous attendre à ce qu'elle puisse être considérée comme une expression de la souverai-

neté italienne sur le plan des conflits des droits privés ? Nous avons déjà montré dans quelle mesure cette disposition peut être considérée comme une vraie loi (1). Exactement dans la même mesure elle peut être considérée comme une manifestation de la souveraineté italienne. Nous connaissons donc les hypothèses précises où il en sera ainsi (2). Mais justement, quand nous avons fait cette analyse, nous avons réservé (3) la question de savoir si la disposition de l'article 8 pouvait être qualifiée, dans certaines hypothèses, juridiquement de loi par cela seul qu'elle serait susceptible de recevoir une application matérielle, et si une telle application ne constituerait cependant pas une infraction aux principes juridiques ? C'est par la reprise de l'analyse de la notion de la souveraineté dans cet ordre d'idées que nous allons essayer d'éclairer maintenant cette difficulté. Elle consiste en ce que nous devons passer maintenant du plan matériel au plan spirituel, de l'état des choses où nous avons eu affaire aux biens et aux personnes, se trouvant dans des points définis de la surface du globe, à celui où nous devons considérer les institutions, c'est-à-dire des abstractions, des idées qui ne sont attachées matériellement à aucun territoire, à aucun pays.

Donnons à cette pensée une forme concrète. Nous avons considéré la souveraineté dans ses aspects territorial et personnel. La souveraineté britannique, par exemple, comprendra dans son empire le territoire britannique et les ressortissants britanniques, mais quel sera son rapport avec le droit britannique, c'est-à-dire son rapport avec l'ensemble d'institutions élaborées par le génie du peuple anglais, constituant un élément extrêmement important de son patrimoine moral ? Ou en d'autres termes, si par rapport au territoire et aux ressortissants, il existe un droit privatif de la souveraineté britannique, plus ou moins absolu, mais qui doit toujours être pris en considération, existe-t-il un droit du même genre sur l'ensemble des institutions juridiques anglaises, constitue-t-il vraiment un certain patrimoine sur lequel la souveraineté britannique aurait certains droits d'une étendue plus ou moins grande ?

Certes, il est possible d'enfreindre, en offensant les côtes

(1) *Supra*, ch. II, § 2.

(2) *Supra*, pp. 17 et 21.

(3) P. 21 en note.

des îles britanniques, la souveraineté territoriale du Royaume-Uni ; en faisant à l'égard des ressortissants britanniques des actes contraires au droit des gens, on violera la souveraineté britannique personnelle.

Mais les actes de même caractère lésionnaire sont-ils possibles à l'égard de la souveraineté spirituelle ?

Qu'il s'agisse, par exemple, d'appliquer un régime juridique déterminé, comme il a été le cas dans l'espèce jugée par la Cour de cassation de Naples en 1920 (1), à la succession d'un Anglais domicilié en Italie. Faut-il appliquer la loi nationale anglaise interne, par application de l'article 8, entendu ainsi que l'a entendu la Cour suprême de Naples, ou faut-il appliquer la loi italienne à titre de loi du domicile ?

L'arrêt auquel nous faisons allusion, a estimé qu'il y avait dans l'espèce conflit entre les règles de droit international privé de la loi britannique, loi étrangère, et de la loi italienne, *lex fori*, et que dans ce conflit c'est à celles-ci, comme étant d'ordre public qu'il aurait fallu obligatoirement donner la préférence. Nous avons critiqué cet appel à la théorie d'ordre public, mais nous pouvons, sans qu'il y ait grand'chose de changé dans l'arrêt, considérer seulement les effets de son application à l'encontre des règles de droit international privé anglais, abstraction faite des motifs doctrinaux sur lesquels elle s'appuie, et nous demander si ce fait ne constitue pas une violation de la souveraineté anglaise, considérée par rapport au droit successoral anglais.

Remarquons-le bien, la règle anglaise d'après laquelle la succession mobilière est régie par la loi du domicile du *de cuius*, n'engendre pas nécessairement un conflit avec la règle italienne, d'après laquelle la succession est régie par la loi nationale, ou plus précisément la règle anglaise n'est pas nécessairement avec tout son contenu en conflit avec la règle italienne. Car la règle anglaise contient à l'analyse deux propositions d'une valeur juridique très inégale, une à effet restrictif, l'autre à effet extensif.

Qu'on considère la succession d'un Anglais décédé domicilié en Italie. Par rapport à lui, le précepte restrictif de la loi anglaise veut dire que, puisque le *de cuius* n'était pas domicilié en Angleterre, la loi anglaise ne peut pas s'appliquer à

(1) L. II, §§ 24, 24 bis.

lui ; la loi anglaise limite ainsi ses effets à son propre territoire, elle agit dans les limites de sa souveraineté territoriale et elle refuse d'exercer au delà de celle-ci une action quelconque, plus ou moins incertaine, concernant les intérêts privés de ses sujets. Rien de plus légitime.

Le législateur peut évidemment restreindre dans les limites qu'il juge opportunes, la portée de ses lois dans le temps et dans l'espace. Il peut très bien édicter des dispositions qui n'auront dans le temps de force obligatoire que pendant quelques mois ; il peut fort bien édicter des règles qui ne seront valables que sur une partie seulement de son territoire ; il peut de même faire de la législation limitée à son propre territoire.

Il n'y a ainsi aucun abus, il ne peut y avoir aucun abus dans le désir du législateur de restreindre soit dans le temps, soit dans l'espace, la portée de sa législation.

Mais il y a, ou plutôt il peut y avoir aussi un effet extensif dans la règle anglaise concernant la matière successorale mobilière sur laquelle nous raisonnons. Du moment qu'elle édicte l'application de la loi du domicile, on aurait pu dire qu'elle dispose que c'est la loi italienne, dans le cas où le *de cujus* est décédé en Italie, qui serait applicable. Elle prétendrait donc mettre en mouvement la législation italienne. Elle dépasserait certes ici les limites de sa souveraineté ! Elle prétendrait faire produire à la législation étrangère, sur le territoire étranger, des effets déterminés. Cependant, la législation étrangère peut avoir ses propres vues à cet égard, justement portant, comme il est le cas de l'article 8 des dispositions préliminaires, à sa mise hors de jeu, ceci dans la conception de l'arrêt de Naples tout au moins.

Or, l'attitude du juge italien devrait ne pas être la même à l'égard de ces deux parties bien différentes de la règle anglaise. S'il refusait, en effet, et à juste titre, à première vue du moins, de mettre en mouvement selon le vœu de la loi anglaise, la loi italienne, il ne s'ensuit pas du tout qu'il ne doive pas tenir compte de ce qu'il y a de fort légitime dans le désir du législateur anglais de limiter certaines dispositions de son droit civil à son propre territoire. De ce que le juge italien pourrait refuser l'effet extensif à la loi anglaise là où elle le désire, il ne s'ensuit pas du tout qu'il puisse le lui

attribuer dans les cas où elle ne le désire pas en restreignant elle-même les effets extra-territoriaux de son droit.

Mais quel sera dès lors le statut juridique de la succession dont nous discutons le cas ? Pareil, sauf plus ample informé, à celui qu'on aurait à attribuer à celle d'un heimatlos (1). Si on est dans l'impossibilité d'appliquer une législation nationale étrangère quelconque à l'égard d'un heimatlos, de même si on considère la loi anglaise à titre de loi nationale par rapport à la succession d'un Anglais que nous envisageons actuellement, on arrive à la conclusion qu'elle retranche de la société civile anglaise la succession mobilière d'un Anglais décédé, domicilié à l'étranger. Ses biens seront donc des biens *nullius legis*.

Cette pensée, dictée peut-être par un sentiment obscur, sans être formulée d'une façon précise, se retrouve, nous le croyons, dans l'arrêt de la Cour de cassation de Rome du 18 mai 1909 (2). La Cour a refusé, dans cette importante décision, toute autorité aux règles de droit international privé de la loi étrangère, en conflit avec la *lex fori* ; en tirant la conséquence de ce principe, elle a déclaré la loi nationale d'un Canadien applicable à sa succession en vertu de l'article 8 des dispositions préliminaires. Mais, en même temps et pour mieux asseoir sa décision, elle a émis une opinion qui, certes, affaiblit singulièrement sa doctrine de principe et la rapproche des idées auxquelles nous arrivons à la suite des développements que nous présentons.

En effet, en admettant par hypothèse le renvoi à la loi du domicile, la Cour de cassation de Rome se pose la question de savoir à quelles conditions doit répondre le domicile pour que le renvoi devienne opérant. Ce serait le domicile transféré avec le désir de changer de nationalité, c'est-à-dire la Cour semble admettre que le lien qui rattache l'individu à la loi nationale se relâche du fait du retranchement volontaire de la

(1) Conf. quant à l'idée d'heimatlosat civil, v. Bar, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, T. I, § 94, p. 279 ; *Zeitschrift für Internationales Privatrecht und Strafrecht*, 1898, p. 177, que l'auteur allemand ne semble pas avoir toutefois maintenue dans les thèses qu'il a proposées à l'Institut de Droit International en septembre 1900, 18^e *Annuaire de l'Institut de Droit International*, p. 41. Conf. dans le même sens M. Lerebours Pigeonnière, *Clunet*, 1924, p. 899.

(2) L. II, §§ 20, 20 *bis*.

société civile de son pays, effectué comme préliminaire à sa rupture complète par le changement de nationalité. La Cour admet donc que les biens successoraux deviendront des *res nullius legis* par la volonté de leur propriétaire, opérant son retranchement de la société civile de son pays avant même que soit officiellement rompu le lien d'allégeance par rapport à son pays d'origine.

Comment ne pas admettre, dès lors, qu'il appartient au moins dans la même mesure, à l'État d'origine de ce particulier, d'émettre une volonté dont on ne pourrait pas ne pas tenir compte, quant aux conditions dans lesquelles cet État considérerait aussi le retranchement de ses institutions civiles comme effectué.

La situation des institutions juridiques d'un pays dans le plan international telle que nous l'apercevons maintenant, peut-on la rapprocher des rapports de droit qui se forment autour des notions de la souveraineté territoriale et de la souveraineté personnelle ? Il semble qu'il faille répondre affirmativement, nonobstant certaines différences entre les deux ordres d'idées.

D'abord, semble-t-il, il y a une différence dans le sens, qu'enfreindre soit la souveraineté territoriale, soit la souveraineté personnelle, c'est abrégier l'autorité d'un État en la violant, soit sur un point de son territoire, soit en refusant de la respecter à l'égard de certaines personnes, tandis que dans l'ordre d'idées envisagé par nous maintenant, il s'agit de l'extension à donner au domaine spirituel et juridique de l'État au delà des limites qu'il s'est assigné lui-même.

Cette différence empêche-t-elle le rapprochement ?

Ce n'est pas notre sentiment. Ne connaît-on pas d'autres institutions juridiques qui permettent des rapprochements pareils entre les droits intellectuels et les droits matériels, dont la violation consiste cependant dans l'extension illicite de l'objet des uns, dans la restriction illicite des autres ? Nous songeons au rapprochement de la propriété, portant sur les objets matériels, d'une part, et de la propriété intellectuelle, dont l'objet est constitué par des idées, et dont l'expression matérielle n'est qu'une manifestation extérieure. La violation de la première consiste, à ne pas en douter, dans la restriction sans droit de son assiette matérielle ; la violation de la seconde dans l'extension au delà des limites voulues par son proprié-

taire de ses expressions extérieures. L'action en revendication, qui, sous des noms différents, compète au propriétaire n'est pas autre chose que la demande de la remise du propriétaire dans l'exercice privatif de sa propriété, et il importe peu en théorie si dans ce dessein, il faudra réprimer les actes tendant à la réduire en-deçà de ses limites ou des actes qui étendent abusivement son expression extérieure au delà. Et il importe aussi peu en théorie si les sanctions de la violation de la souveraineté matérielle et de la souveraineté spirituelle n'ont pas la même intensité. Que le rapprochement avec le régime des différentes sortes de propriété nous soit de nouveau permis. Toute action restrictive de la souveraineté ou de la propriété matérielle se fait immédiatement sentir, parce qu'elle réduit la jouissance de ceux qui l'exercent avec droit ; dès lors, une réaction spontanée et violente peut naître immédiatement, sous forme de légitime défense, en dehors même du recours à la justice. Au contraire, l'extension abusive des droits de nature privative, ne restreint pas leur jouissance par leurs titulaires ; il n'y a donc pas de préjudice direct et sensible de causé ; s'il y a violation, elle doit être d'abord apprise, et parfois de longues années passeront avant que la violation des droits spirituels soit connue ; il faut ensuite un certain effort de raisonnement pour déduire de la constatation de la violation l'existence d'un certain préjudice. Les réactions de défense sont donc moins vives, les sanctions moins directes.

En droit international privé, les choses présentent un caractère encore moins tranché. Qu'il s'agisse de la souveraineté matérielle, la situation est pourtant assez claire. Du moment qu'on la viole, c'est qu'on traite soit le territoire anglais, soit des sujets britanniques (pour nous en tenir toujours à la souveraineté anglaise), comme s'ils n'avaient pas cette qualité, on leur enlève le bénéfice durégime anglais ; au contraire, dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, on appliquera justement à la succession d'un Anglais ou à son statut personnel la loi anglaise, on traitera ces intérêts anglais comme tels, en leur appliquant la loi britannique. La violation de la souveraineté ne s'aperçoit pas à première vue. Elle subsiste, néanmoins, parce que justement la loi anglaise n'a pas été faite pour être appliquée dans ce cas par les autorités étrangères. L'appliquer ainsi veut dire la violer, et violer par cela le domaine de la souveraineté spirituelle étrangère. Si la question

est bien éclairée, si les faits de la violation arrivent à être constatés, ils doivent devenir l'objet de protestations diplomatiques ; un État doit défendre sa souveraineté spirituelle, de même qu'il défend sa souveraineté matérielle. Si ces sanctions sous forme de protestations diplomatiques ne sont pas encore pratiquées, si elles se manifestent surtout sous forme de refus d'*exequatur*, quoique dans ce cas la vraie nature du problème soit loin d'être comprise, cependant sa seule intelligence en droit doit servir, aux yeux de juges éclairés, de sauvegarde nécessaire des droits respectifs des souverainetés différentes. Les juges de carrière, surtout les conseillers aux Cours d'appel et aux Cours de cassation, n'ont pas besoin d'apercevoir une sanction directe de la violation du droit, pour ne pas l'admettre ; leur religion, une fois éclairée, et leur dignité sont des garanties suffisantes.

La nécessité de rechercher les solutions de problèmes du droit international privé, en dehors de toute idée de conflits des souverainetés et, partant, en dehors de toute idée de l'action indépendante des diverses souverainetés qui ne peut qu'engendrer des conflits, a été d'ailleurs entrevue par la Cour de cassation de Florence, car on lit à la fin de l'arrêt du 5 décembre 1895 (1) : « Entre les États civilisés et pour la plupart des cas, les lois ne viennent pas à vrai dire en conflit entre elles, mais il s'agit plutôt d'appliquer tantôt l'une, tantôt l'autre. »

Dès lors, nous aboutissons à la vraie conclusion. Si, en fait, rien n'est plus facile que l'application de la loi étrangère dans les conditions de l'arbitraire absolu de la part du juge saisi, il y a cependant, en droit, un abus considérable, du moment qu'il dépasse les limites juridiques de sa propre souveraineté et qu'il empiète sur la souveraineté étrangère. Cet abus est d'autant plus inadmissible, que la souveraineté spirituelle doit revêtir un caractère plus absolu et plus intangible que la souveraineté matérielle. Si, en effet, comme nous l'avons montré, les limites de celle-ci ne peuvent pas être considérées comme établies par la seule volonté unilatérale d'un État, parce que nécessairement toute modification de ces limites comporte une modification corrélative des limites des autres souverainetés, quand il s'agit des limites territoriales surtout, la fixation des

(1) L. II, §§ 14, 14 bis.

limites de la souveraineté spirituelle, en tant qu'elle la restreint au territoire national, ne peut d'aucune manière influencer sur l'étendue des souverainetés étrangères, et peut être dès lors faite de manière unilatérale et vraiment souveraine, *erga omnes*.

Nous convenons, certes, que ces idées vont à l'encontre des idées reçues, ou plutôt des habitudes établies, basées justement sur l'absence de l'essai de l'analyse des notions fondamentales juridiques sur lesquelles elles reposent. Indiquons brièvement, sans aborder dans cet endroit cette question à fond, que si l'habitude est de prendre à son aise le problème des limites de la souveraineté spirituelle étrangère, il en est de même de son contenu ; car qu'est-ce, si ce n'est la plus grande méconnaissance de l'autorité du législateur dans le domaine de sa souveraineté spirituelle, que la doctrine courante qui voit dans la preuve de la loi étrangère une question de fait et qui refuse le pourvoi en cassation pour sa violation (1).

Mais, d'autre part, ces idées ne sont pas si étrangères à la jurisprudence qu'on aurait pu le penser.

La reconnaissance de la souveraineté spirituelle étrangère a triomphé devant la Cour de Milan du 15 juin 1899 (2), préparée qu'elle fût déjà par l'arrêt de la même Cour du 20 avril 1894 (3) ? Il s'agissait, dans l'espèce jugée en 1894, de l'action en divorce de citoyens hongrois, et du point de savoir si cette action était recevable devant les tribunaux italiens malgré la disposition du § 114 du Code hongrois, réservant la compétence exclusive des tribunaux nationaux en cette matière. La Cour a décidé, tout d'abord, que sur le fondement de l'article 6 des dispositions préliminaires, elle était en principe compétente pour connaître de cette instance. Du moment qu'elle devait

(1) Il faut faire remarquer toutefois que d'importantes décisions des juridictions italiennes n'ont point consenti à mettre la loi étrangère dans cet état d'infériorité. Voyez notamment l'examen de la loi pontificale par la Cour de cassation de Turin le 17 mai 1874, L. II, §§ 5, 5 *bis*, ainsi que le reproche adressé par la Cour de cassation de Florence, arrêt du 1^{er} décembre 1884, L. II, §§ 7, 7 *bis*, à la Cour d'appel de ne point avoir ordonné la preuve de la loi britannique. Conf. d'autre part, en jurisprudence française, les arrêts de la Cour de cassation dans l'arrêt Forgo, notre étude dans le *Clunet*, 1932, p. 288 et suiv.

(2) L. II, §§ 15, 15 *bis*.

(3) L. II, §§ 6, 6 *bis*.

appliquer aux étrangers en ce qui concerne leur statut personnel leur loi nationale, comment aurait-elle pu le faire effectivement sans pouvoir se saisir du litige concernant leur état ?

Par conséquent, le divorce étant admis par la loi hongroise, la Cour se considéra comme compétente en principe, pour accueillir cette instance. Comme elle s'est excellemment exprimée : « L'Instituto accolto dall'articolo 6 citatto induce al concetto di una ideale continuata in Italia dell'ambiente giuridico dello straniero a favor suo. »

C'est le principe ; le domaine spirituel de la souveraineté étrangère est transporté par faveur à l'étranger d'une manière idéale en Italie. Il dépend de la souveraineté italienne de l'admettre ou non, — c'est un droit souverain de restreindre ainsi sur son propre territoire les limites de sa propre souveraineté et faire place aux institutions relevant d'une souveraineté étrangère, — elle l'admet. Mais cela suffit-il pour que l'extension du domaine spirituel de la souveraineté étrangère s'effectue ainsi ? Cette extension peut-elle être imposée souverainement par la législation italienne ? Peut-elle à elle seule déterminer ainsi les limites de sa propre compétence, comme le prétendit la Cour d'appel de Florence (1) dans son arrêt de 1917 ? Non, dit la Cour de Milan, « parce que la loi de la nation hongroise ne consent pas à ce que sous cet aspect soit transporté d'une façon idéale en Italie le milieu juridique propre à ses ressortissants ». S'il faut ainsi le consentement de la souveraineté hongroise à l'extension de sa loi civile en dehors de son territoire, cela revient à dire que la règle de l'article 6 n'est pas une règle impérative, mais permissive seulement, ou en d'autres termes une règle qui exprime non point une décision souveraine, mais la possibilité d'un accord sur ce point avec la loi étrangère intéressée.

Sans doute, on a cherché à induire en tentation la Cour de Milan ; pourquoi ne pas rendre une décision à laquelle en fait rien ne pourrait s'opposer, en Italie du moins ? Mais la Cour résiste.

« On objecte encore que le jugement ne fera sortir son effet qu'en Italie et non en Hongrie et que de ce fait le § 114 ne saurait être invoqué. Mais à l'examiner de plus près, cette objection aboutit à une absurdité juridique. Il ne peut pas être

(1) L. II, §§ 24, 24 bis.

question de donner force exécutoire à une décision, tant qu'on ne démontre pas d'abord le droit d'obtenir cette décision de l'autorité à laquelle on la demande. »

Ainsi, la seule conscience des magistrats a suffi, en dehors de toute sanction possible, à ne pas commettre ce qui leur paraissait et ce qui est, comme nous l'avons montré, un empiètement sur la souveraineté spirituelle étrangère.

Nous pouvons donc préciser la portée des articles 6 et 8 des dispositions préliminaires au point de vue de la notion de la souveraineté.

1° S'agit-il du sort de biens se trouvant en Italie et dépendant d'une succession étrangère, il appartient à la loi italienne, en restreignant le domaine de sa souveraineté nationale, d'admettre que la loi étrangère les régit ; mais il ne lui appartient guère d'imposer à la souveraineté étrangère l'application de sa loi civile malgré son opposition à toute extension en dehors de ses limites territoriales.

Le même principe s'appliquera aux personnes étrangères.

2° Il appartient, au contraire, à la législation italienne de ne pas admettre à la rigueur que la législation étrangère, par le jeu de ses règles de conflit, et malgré l'opposition de la loi italienne, la mette en mouvement. Mais le législateur italien a aussi le droit souverain, sinon le devoir, de refuser l'application de sa loi, émanation de sa souveraineté, sur son territoire à telles personnes et tels biens qui sont caractérisés par un élément d'extranéité.

3° Il peut en résulter, certes, une situation peu satisfaisante. Heimatlosat civil pour les personnes, la situation de *res nullius legis* pour les biens.

Mais telle est la conclusion rigoureusement logique de l'application à ces difficultés de l'idée du droit de souveraineté. Seulement, nous verrons par la suite qu'elle n'est pas définitive et qu'une analyse plus poussée en avant permettrait d'arriver à des résultats pratiquement différents.

C'est ici, quand nous prenons position par rapport à l'explication du prétendu caractère impératif des règles de conflit par l'idée de la souveraineté, qu'il y a lieu de faire remarquer que, malgré certaines différences au point de vue de la technique juridique, l'appel à la théorie de l'ordre public international repose sur les mêmes tendances de fond.

C'est toujours, en définitive, par l'exercice du pouvoir sou-

verain, car tel est le trait caractéristique de la théorie de l'ordre public international qu'on essaie de faire prévaloir une certaine manière de voir, sans se préoccuper si elle est justifiée en droit, voire si elle est réalisable en fait.

Une plus juste compréhension de la vraie portée du pouvoir souverain faciliterait certes aussi l'adoption d'une vue plus judicieuse par rapport à l'application de la théorie de l'ordre public international aux règles de conflit des lois.

Nous avons vu ainsi que l'idée de la souveraineté ne mérite guère d'obtenir dans l'ordre des idées de droit international privé la place qu'on lui assigne.

La justification de l'impératif des règles de conflit de la *lex fori* n'est pas obtenue de cette manière ; les inconvénients qui en résultent sont manifestes. Tout ceci invite à continuer un effort d'analyse, afin de parachever l'examen des fondements juridiques du prétendu impératif absolu des règles de conflit de la *lex fori*.

CHAPITRE IX

LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ N'ONT-ELLES QU'UN EFFET TERRITORIAL ?

§ 1.

Un dernier argument qui a été produit en faveur de l'impératif absolu des règles de droit international privé, doit être maintenant examiné.

La Cour de cassation de Florence, dans son arrêt du 5 décembre 1895, a déclaré que la règle de conflit du droit allemand qui fait régir les successions mobilières par la loi du dernier domicile du défunt, n'a d'effet que sur le territoire allemand et non point en dehors (1).

La doctrine de la Cour apparaît d'ailleurs assez hésitante. D'abord, elle semble admettre l'application de l'article 8 des dispositions préliminaires sur le fondement de la finale du § 300 du Code autrichien, pareille à cet égard à celle de l'article 7 des dispositions préliminaires. Cet article semblerait donc recevoir l'effet extra-territorial qu'on venait de lui nier. D'autre part, le caractère impératif de l'article 8 des dispositions préliminaires semble être affirmé d'une manière indépendante de sa liaison avec le § 300 du Code autrichien. La doctrine de la Cour s'obscurcit sur ce point d'autant plus qu'on ne voit pas sur quoi cet impératif reposerait, la disposition de l'article 8 n'étant certainement pas comprise par la Cour parmi les dispositions d'ordre public international, théorie dont la Cour combat avec énergie toute exagération.

Il ne s'agit en définitive, dans cet arrêt, que de l'affirmation de la territorialité par rapport aux seules règles de conflit de la loi étrangère. Mais l'arrêt de la Cour d'appel de Rome du

(1) L. II, §§ 14, 14 *bis*.

1^{er} décembre 1906 (1), sans le dire expressément, a généralisé cette doctrine, en attribuant le caractère territorial, tant à certaines règles de conflit de la *lex fori* qu'à celles de la loi étrangère.

Pour le statut personnel, du moins, qui est régi en Italie par la loi nationale, elle déclare que la règle essentielle qui l'exprime, l'article 6 des dispositions préliminaires, est édictée dans l'intérêt majeur de l'ordre juridique italien, pour donner de la certitude par rapport à des actes juridiques qui se forment sur le territoire italien ou y produisent leurs effets. La règle de l'article 6 est destinée donc à produire des effets territoriaux, et il est permis d'en conclure, dans la conception de cet arrêt du moins, à son caractère territorial ; les règles de conflit des lois étrangères seraient d'autre part sans portée au point de vue du juge italien. Elles n'auraient donc manifestement qu'un caractère territorial, elles aussi, mais dans l'intérêt d'une plus grande rigueur du raisonnement nous examinerons cette manière de voir telle qu'elle a été formulée expressément par l'arrêt de Florence. Le principe une fois dégagé, son application aux règles de la *lex fori* ne fera pas de difficultés (2).

D'ailleurs, notre examen de cette question pourra être mené d'une manière rapide, nos développements antérieurs nous fournissant tous les éléments du raisonnement.

(1) L. II, §§ 18, 18 *bis*.

(2) Conf. dans le même ordre d'idées, Trib. Civ. Seine (1^{re} Ch.) 14 mars 1928, *Clunet* 1928, p. 1232 :

« Attendu que l'article 3 du C. civ. français pose indirectement le principe que les droits des étrangers en France sont fixés par leur loi nationale ; Attendu que la règle ainsi édictée par l'Etat français étant de droit international privé et par là même *territoriale*, doit être suivie en France au cas d'un conflit avec une législation étrangère statuant en la même matière de droit international privé ; Attendu en effet que la loi française en édictant que les droits des étrangers en France seront régis par la loi interne de leur pays, pose un principe qui ne peut être tenu en échec par une loi étrangère adoptant pour ses nationaux un principe différent, cette loi eut-elle pour effet de rendre applicable la législation interne française » ; Conf. Cour de Paris, 11 juin 1906, *D. P.* 1907. 2. 5., col. 1 : « que la règle générale, déduite de l'article 3 du C. civ. et relative au statut personnel des étrangers constitue en effet une règle de droit international privé, c'est-à-dire un acte de souveraineté de caractère purement territorial, auquel le législateur étranger ne peut de son côté porter atteinte », et Douai, 26 mars 1929, *Clunet*, 1932, adoptant exactement la même formule.

Conf. aussi Paris, 1^{er} août 1905, *supra*, p. 39.

On ne peut, en effet, dissenter sur le problème qu'en ayant préalablement clairement dégagé la notion de la souveraineté.

Les règles de droit international privé, destinées qu'elles sont à déterminer l'étendue et la portée tant de la *lex fori* que des lois étrangères applicables, il est nécessaire que leur portée légale soit la même que celle de la souveraineté qui les édicte.

Dès lors, une distinction s'impose immédiatement. La souveraineté elle-même aura des limites différentes et l'intensité de son action ne sera pas la même, selon qu'elle s'exercera sur les biens ou sur les personnes. Strictement territoriale et de caractère absolu quant à ceux-là, elle exercera une action plus atténuée certes sur celles-ci, mais à effet plus étendu dans l'espace, puisque extra-territorial, fondé qu'il est sur le pouvoir de commandement d'un État sur ses ressortissants qui ne disparaît guère du fait de leur résidence à l'étranger (1). Il est donc impossible d'affirmer en thèse générale que les règles de droit international soient territoriales. Mais si on considère l'ensemble des institutions civiles d'un État, on peut dire, sans entrer dans les distinctions, quant aux biens et quant aux personnes, que le législateur a en tout cas le droit de limiter les effets de ces institutions à son propre territoire (2). Dira-t-on, dès lors, que cette restriction n'aura d'effet elle aussi que dans les limites du territoire, et qu'en dehors, ses institutions civiles pourront, si bon cela semble à l'étranger, produire un effet extra-territorial ? Nous nous sommes déjà expliqués à ce sujet (3), et nous devons donc écarter résolument cette idée de la territorialité des règles de conflit en tant qu'elle aboutit à ce singulier résultat de donner des effets extra-territoriaux aux institutions que le législateur dont elles ressortissent a voulu limiter dans leur portée.

On paraîtrait mieux fondé, si dans le même ordre d'idées, et en relation avec la même notion de la souveraineté, on niait à une règle de conflit l'effet extra-territorial en tant qu'elle prétendrait mettre en mouvement la *lex fori*, ainsi que plus généralement une loi étrangère tierce quelconque (4).

Mais cet aspect du problème fera l'objet, comme nous l'avons déjà indiqué (5), d'un examen ultérieur. Toutefois, dès main-

(1) *Supra*, ch. VIII, § 1 et § 2.

(2-3-4-5) *Ibidem*.

tenant, doit être formulée une objection à cette manière de voir, tirée du caractère propre aux dispositions préliminaires du Code civil lui-même, qu'on peut d'ailleurs retenir sous l'empire du Code civil français et de maintes autres législations.

Celles-ci, sans aucun doute, tant dans l'article 6 que dans l'article 8, cherchent à avoir l'effet extra-territorial le plus large, celui-ci ne pouvant toutefois être assuré sans le concours des souverainetés étrangères, ce concours peut-il être espéré, si tout effet extra-territorial est en principe refusé aux règles de conflit des législations étrangères ?

Car il ne faut pas perdre de vue, que si les arrêts déclarent que les règles des articles 6 et 8 ont été édictées indépendamment de toute idée de réciprocité (1), il faut l'entendre sans doute dans le sens que le législateur italien, considérant qu'il était juste d'appliquer aux questions du statut personnel la loi nationale de l'étranger, n'a pas cherché des compensations de réciprocité pour faire œuvre de justice. Le législateur italien admet donc l'application de la loi nationale des étrangers à leur statut personnel, quelle que soit la loi qu'appliquerait aux mêmes fins l'étranger à l'italien. Mais si on peut agir ainsi, en faisant abstraction de la réciprocité, du moment qu'on ne cherche qu'à suivre les commandements de la justice, et à s'inspirer de son propre sentiment de générosité, du moment qu'en bref, on dit « do » sans ajouter « ut des », peut-on renverser la formule, et dire « non do, sed des » ? Le législateur italien refuserait en principe toute autorité aux règles de conflit de la loi étrangère sur son territoire, mais entendrait que ses règles de conflit soient respectées par l'étranger à l'étranger. Si on se décide à abandonner le terrain de propositions purement verbales, peut-on reconnaître à une telle manière de voir une valeur réelle quelconque ?

D'autre part, si même on admettait que la loi italienne désire imprimer le caractère de territorialité à toutes les règles de conflit en général, tant celles de la loi étrangère que de la *lex fori*, cela conduirait nécessairement à deux conséquences.

D'abord, les règles de conflit seraient isolées des autres dispositions du droit privé, ce qui serait en opposition avec l'importante jurisprudence ultérieure, que nous avons déjà ana-

(1) Sic. par exemple Cour de cassation de Palerme, L. II, § 11.

lysée (1), et qui cherchait, au contraire, leur assimilation aussi complète que possible avec les autres règles du droit privé.

D'autre part, ces règles constitueraient le retour au vieux système de la territorialité des lois, système entièrement périmé maintenant, sans qu'on sache toutefois pourquoi ce caractère territorial serait attribué spécialement aux règles de conflit, et sans qu'on puisse coordonner cette proposition avec une très large admission de l'effet extra-territorial des autres dispositions du droit privé, dont la portée dans l'espace est justement visée par les règles de droit international privé de leur loi. Ces résultats ne sauraient certes pas satisfaire une pensée juridique tant soit peu exigeante.

§ 2.

Nous pourrions en finir ici avec l'examen de la thèse de la prétendue territorialité des règles de droit international privé, si une question de caractère incident peut-être, mais utile à étudier dans l'intérêt d'une cohésion toujours plus intime de tous ces développements théoriques, ne se présentait à l'esprit.

Nous avons déjà établi la liaison entre l'idée de la territorialité des règles de droit international privé et la notion de la souveraineté et de la compétence législative à les établir. Comparons maintenant les deux moyens qu'on a mis en avant pour faire prévaloir les règles de droit international privé de la *lex fori* sur celles de la loi étrangère : idée de territorialité, idée d'ordre public international.

Il serait sans doute inexact de n'y voir qu'une question de mots, de dire que du moment qu'on arrive au même résultat, qui consiste à mettre en échec les règles de conflit de la loi étrangère, il importe peu, si on leur attribue telle ou telle autre nature juridique, si on les classe oui ou non, selon la jurisprudence importante de Florence et de Naples, parmi les règles de droit interne notamment.

En effet, si on considère les règles de droit international privé comme des règles territoriales de par leur nature, elles s'opposeraient radicalement dans leur ensemble sur le plan

(1) L. II, § 21 bis, § 22 bis, § 23 bis et *supra*, ch. VII.

des conflits aux règles de droit interne, — celles-ci ayant en principe un effet extra-territorial, celles-là ne l'ayant point.

Au contraire, si les règles de droit international privé sont d'ordre public international, leurs effets juridiques seront tout différents.

Les règles de droit international privé, considérées par le juge saisi comme des règles de droit interne, auront en principe un effet extra-territorial comme toutes les autres dispositions du droit interne, et il importe peu si elles sont considérées comme d'ordre public dans le sein du droit étranger (1). Aussi rien ne s'opposerait, aux yeux des juges italiens, à ce qu'elles étendissent leur autorité, comme l'a admis la Cour de cassation de Naples (2), s'agissant de la matière successorale, par renvoi de la loi nationale du *de cuius* à la loi du domicile du défunt établi dans un pays tiers quelconque ; elles ne fléchiront que dans un seul cas, celui où elles se heurteraient aux règles de conflit de la loi italienne, de la *lex fori*, qui elles, à leur titre de règles d'ordre public international, se substitueraient aux règles de conflit de la loi étrangère.

En bref, si les règles de conflit étaient considérées comme des règles purement territoriales, ce caractère excluerait nécessairement le renvoi sous forme tant de *Weiterverweisung*, que de *Rückverweisung* ; au contraire, si elles étaient considérées comme d'ordre public international seulement, elles excluraient la *Rückverweisung*, mais admettraient la *Weiterverweisung* et leur assimilation aux règles du droit interne garderait tout son intérêt.

Conclusion sur les chapitres VII, VIII, IX et Transition.

Nous pouvons donc conclure sur l'ensemble des développements de ces trois derniers chapitres que rien dans les arguments donnés par les arrêts ne prouve la nécessité absolue de

(1) A la vérité M. Bartin a soutenu dans ses *Principes*, p. 295, que les dispositions d'ordre public international d'une loi étrangère sont privées de tout effet extraterritorial. Mais cette théorie nous semble dépourvue d'appui jurisprudentiel que M. Bartin a cherché dans les trois jugements du Tribunal civil de la Seine qui nous paraissent inexactement compris.

(2) L. II, §§ 23, 23 *bis*.

faire prévaloir les règles de conflit de la *lex fori* sur celles de la loi étrangère.

Ni la théorie de l'ordre public international invoquée par la Cour de cassation de Naples (1), ni celle de l'expression de la souveraineté mise en avant par la Cour d'appel de Florence (2), ni celle de la territorialité de la Cour de cassation de Florence et de la Cour d'appel de Rome (3), n'emportent la conviction.

Pour déterminer par conséquent le vrai caractère des règles de droit international privé, il nous faut nécessairement engager la discussion sur un plan plus général, nous demander quel est le fondement de l'application des lois différentes dans un litige comportant des éléments d'extranéité, tant de la *lex fori* que des lois étrangères, les dispositions de conflit ne devant donner que des règles positives, exprimant les principes de solution des conflits. La vraie portée des textes se dégagera mieux en conséquence.

Heureusement, les arrêts des hautes juridictions italiennes, en s'apercevant que c'est là la clef du problème, s'y sont à maintes reprises attachés ; les idées qu'elles ont formulées, sont infiniment précieuses.

(1) Ch. VII.

(2) Ch. VIII.

(3) Ch. IX.

CHAPITRE X

RECHERCHE DU FONDEMENT D'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE A L'ÉTRANGER EN GÉNÉRAL

Quelle est l'idée capitale qui est à la base de toutes les théories qui cherchent à attribuer aux règles de conflit de la *lex fori*, envisagées comme telles, un caractère impératif et absolu ?

L'idée que tout naturellement et légitimement, tout État doit vouloir appliquer sa propre loi toutes les fois où un litige est porté devant ses tribunaux, et que de ne pas le faire dans une certaine mesure est un acte de concession, un acte auquel l'État ne saurait être contraint, et qui ne résulte que de sa propre volonté, qui est par conséquent accompli dans les limites qui seront tracées souverainement par lui-même.

Les motifs de cet acte peuvent être, à la vérité, très différents :

soit on admettrait l'application de la loi étrangère par l'idée de la courtoisie internationale, c'est-à-dire s'inspirant de la pensée d'opportunité, de l'intérêt de se montrer bienveillant à l'égard de l'étranger et provoquer ainsi la même bienveillance de la part de l'étranger pour ses propres ressortissants (1) ;

(1) On trouve l'expression éclatante de ce sentiment dans le rapport du Conseiller Denys dans l'affaire Soulié : *D. P.*, 1912. 1. 262 et suiv., p. 263, col. 2 spécialement :

« Il n'y faut d'ailleurs pas voir un acte de courtoisie internationale ; c'est parce qu'ils adoptent pour la dévolution des biens l'idée du domicile, tandis que la nôtre, s'attachant plus à la nationalité, préfère la loi personnelle.

« Il y a donc conflit entre les règles de droit international privé et celles de droit interne. Avant toute autre chose, il semble que l'on devrait se réjouir de voir la loi étrangère renvoyer, pour la transmission du patrimoine mobilier d'une personne résidant en France, à la loi française. Les tribunaux français doivent considérer la loi française comme préférable, meilleure, plus équitable, renfermant une conception plus

soit on le fera par respect de la souveraineté étrangère ;
soit, enfin, en reconnaissant à sa charge une obligation naturelle d'appliquer la loi étrangère.

Un acte de courtoisie ou d'opportunité ne renferme sans doute aucune préoccupation de principe. En principe, l'application de la loi étrangère ne s'imposerait pas, voire elle n'est pas désirable ; s'il y a un moyen convenable de l'écarter au profit de la *lex fori*, le juge le fera tout naturellement.

Il en est autrement de l'idée du respect dû à la souveraineté étrangère. Ce sentiment de respect certes peut être provoqué par diverses raisons, par la peur inspirée par la force de la souveraineté étrangère et l'appréhension de représailles possibles, venant de sa part, mais aussi par des raisons morales, qui excluent l'idée de la force ; dans telle ou telle autre situation de la vie les plus forts ne sentiraient-ils pas la nécessité morale de laisser le pas aux plus faibles, d'assumer la besogne la plus dure et la plus périlleuse et en décharger les êtres à résistance inférieure ? L'idée du respect peut être commandée par conséquent par l'impératif moral, par un « doit » qui fait entièrement défaut quand on agite l'idée de la courtoisie internationale seulement.

Si donc le respect de la souveraineté d'un État étranger est concevable en soi, reste à savoir s'il existe réellement et quelle serait (1) en réalité la nature des sentiments et des circonstances susceptibles de la provoquer. Invoquer l'obligation natu-

élevée du droit. La loi nationale de l'étranger abdique en faveur de la loi française ; elle se dessaisit ; c'est pour le mieux et sans réserve, puisque la loi française n'a rien cédé en échange. Et bien il s'est trouvé des jurisconsultes théoriciens, ceux particulièrement qui traitent les questions de droit international privé, qui véhémentement, avec passion (voir l'art. de M. Laisné, *Revue de Droit International Privé*, année 1907) refusent le cadeau, réclament le conflit, quand précisément il est écarté ; ils font une véritable campagne contre un résultat heureux et ont fini par sortir de leur isolement en attirant à eux, par le bruit qu'ils ont fait, une section de la Cour de Paris et la Cour de Pau... »

M. Bartin, en commentant ce rapport, remarque non sans juste sévérité : « L'argument du cadeau, ce serait alors, si j'ose dire, la jurisprudence des camarades » (*Principes*, t. I, p. 217).

(1) Voyez Pillet dans *Clunet*, 1896, pp. 8-9, invoquer cette idée à propos de la nullité des pactes concernant la contrebande à l'étranger. Le même auteur dans le *Traité Pr. de dr. internat. privé*, t. II, n° 513. Cf. Niboyet, note au Sirey, 1928. 1. 306, col. 2 et *Rép. de Dr. Intern.*, v° Contrebande, et nos observations au *Clunet*, 1931, p. 449.

relle, c'est s'attacher encore davantage à l'idée du devoir. La situation juridique qu'on désigne par l'obligation naturelle, assez inexactement d'ailleurs, a justement pour élément essentiel le *debitum*, bien que l'élément d'obligation proprement dite lui fasse défaut. On doit donc appliquer la loi étrangère à certaines situations juridiques, mais en vertu de quelle raison le doit-on ?

C'est à la recherche de cette raison qu'il convient de s'attacher maintenant. En effet, si on considère que l'application de la loi étrangère repose sur un devoir de l'appliquer, ce devoir doit reposer sur certaines données objectives, qui ne sauraient être déterminées par la seule souveraineté de l'État, dont les juges sont saisis d'un procès comportant des éléments d'extranéité. Une confusion est à éviter ici. Si les limites de l'exécution de ce devoir sont fixées par celui à la charge duquel il se trouve, exactement comme dans l'obligation naturelle, il n'en est pas de même quant à l'étendue du devoir lui-même. Son existence est indépendante de la volonté de celui-ci, bien que la mesure dans laquelle il sera rempli lui soit subordonnée.

Cette recherche se recommande d'autant plus que la reconnaissance du devoir s'est substituée à la simple idée d'opportunité même dans la doctrine anglo-saxonne, le rempart le plus fort de la « *comitas gentium* ». Telle est l'opinion de Dicey, « *Conflict of Laws* » (1) et de Goodrich, « *On Conflicts of Laws* » (2). Comme le dit ce dernier auteur, l'application de la loi étrangère repose sur quelque chose qui est plus qu'une affaire de simple courtoisie. La jurisprudence italienne nous permettra d'entrevoir la solution du problème.

Dans cet ordre d'idées, il faut que nous reprenions les grands arrêts des Cours de cassation de Turin, de Palerme et de Flo-

(1) 4^e édition, 1927, p. 9 : « The application of foreign law is not a matter of caprice or option ; it does not arise from the desire of the Sovereign of England or of any other sovereign, to show courtesy to other States. It flows from the impossibility of otherwise determining whole classes of cases without gross inconvenience and injustice to litigants, wheter natives of foreigners ».

(2) 1927, p. 8 : « It is clear, from the large body of sound doctrine, that is in the process of building up in this field, that, in spite of the frequent use of the slippery term « *comity* », recognition of foreign rights is dependant on something more than a mere courtesy, which a court may grant or withhold at will ».

rence, et la jurisprudence de juridictions inférieures exprimant les mêmes idées.

§ 1.

Dans son arrêt du 22 décembre 1870, la Cour de cassation de Turin, en analysant l'article 8 et en se basant sur les travaux préparatoires, déclare (1) que l'article 8 a surtout un caractère libéral et généreux, et qu'en adoptant son principe, le législateur a voulu donner un bon exemple aux législations étrangères.

Et la Cour tire de cette prémisse une conséquence importante : « Libre au législateur italien d'accueillir la loi de l'étranger, mais prétendre à la lui imposer est une proposition qu'il suffit de formuler, pour la rejeter immédiatement. »

La même pensée est reprise, d'une manière moins précise peut-être, par l'arrêt de cette haute juridiction du 17 juin 1874 (2).

« Qu'il est manifeste, comme il a été déjà remarqué, que le nouveau principe sanctionné par notre législation de la manière la plus libérale, l'a été dans l'intention de l'adopter de notre côté, dans les rapports internationaux avec d'autres États, et dans l'espoir que de leur côté, il sera reconnu comme une règle de droit public universel, mais qu'on n'entendait d'aucune manière l'imposer. »

C'est la Cour de cassation de Palerme (3), qui, en abordant le problème dans le même ordre d'idées, a vigoureusement formulé le principe important sur lequel repose, selon elle, l'application de la loi étrangère, d'après les idées modernes.

« Dans cette disposition (art. 8), la souveraineté italienne a développé son action comme une entité internationale ; elle s'est trouvée en face d'un antique système, d'après lequel les étrangers étaient exclus de toute participation au droit et étaient considérés comme des ennemis... Le système fut d'ailleurs tempéré par des principes de réciprocité et de commune utilité, — mais ce tempérament ne suffisait plus pour répondre

(1) L. II, §§ 3, 3 *bis*.

(2) L. II, §§ 5, 5 *bis*.

(3) L. II, §§ 11, 11 *bis*.

aux exigences de temps nouveaux, dans lesquels a prévalu le principe que l'homme doit être admis à la participation au droit privé en tant qu'homme, — par conséquent, la souveraineté italienne a admis les étrangers non seulement à la jouissance des droits civils attribués aux citoyens, mais a voulu que ceux-ci, dans certains rapports juridiques, puissent aussi invoquer les lois de leur patrie, et parmi ces rapports, elle a compris le droit successoral. » Et s'attachant ensuite plus particulièrement à l'article 8 des dispositions préliminaires, la Cour continue :

« Cette disposition législative révèle d'une manière précise comment le législateur italien a voulu suivre le progrès de la science du droit international privé, en ce qui en constitue désormais le principe fondamental, à savoir qu'il n'est pas contraire à la prérogative de la souveraineté autonome et indépendante d'admettre dans de certaines circonstances l'autorité de la loi étrangère ; le principe de cette souveraineté ne s'y oppose pas, en tant que l'application de ces lois a son fondement dans l'existence juridique d'un devoir international, ce qui fait abandonner les critères retenus jadis de la libre concession faite au profit de la loi étrangère en vertu de la courtoisie internationale ou de l'utilité réciproque. »

« Le principe », ajoute la Cour, « neuf et hardi, et aussi éminemment libéral, n'est adopté par le législateur italien qu'à l'égard de l'étranger. »

La Cour de cassation de Florence, dans son arrêt du 5 décembre 1895, a défini l'idée directrice du droit international privé moderne par cette fin « que chacun puisse prévoir avec quelque certitude d'après quelles lois seront appréciés les droits qui s'attachent à sa personne, à ses biens, à chacun de ses actes » (1).

Mais dans la suite de son arrêt, la Cour suprême de Florence envisage la même question encore sous un autre aspect.

Après avoir établi la distinction entre les lois qui se rapportent surtout aux intérêts privés, et celles intéressant davantage l'ordre public, la Cour précise que les lois de la première catégorie « n'exercent une autorité souveraine qu'à l'égard des personnes et des familles, qui sont soumises à l'empire du législateur ».

(1) L. II, §§ 14, 14 bis.

Et enfin, la Cour ajoute « entre les États civilisés et pour la plupart des cas les lois ne viennent pas, à vrai dire, en conflit entre elles, mais il s'agit plutôt d'appliquer tantôt l'une, tantôt l'autre aux cas particuliers ».

Dans le même ordre d'idées, la Cour de Milan, dans son arrêt du 15 juin 1899 (1), formule une pensée, à laquelle nous avons eu déjà occasion de faire hommage, que « la règle inscrite à l'article 6... postule en sa faveur (de l'étranger) une sorte d'extension idéale sur le territoire italien du milieu juridique étranger, parce que ce milieu juridique n'est que le résultat d'une autre législation positive, apparentée au point de vue moral à la nôtre, et au point de vue politique égale par son droit au respect ».

De même, la Cour de Gênes, dans son arrêt du 15 avril 1904, tout en aboutissant aux conclusions inspirées par l'idée de conflit de souverainetés, croit devoir mentionner le caractère généreux et libéral de l'article 8 des dispositions préliminaires (2).

La même pensée se retrouve dans l'arrêt de la Cour de cassation de Naples du 5 janvier 1930 (3) déclarant que... « entre deux lois successorales différentes, italienne et étrangère, notre législateur a adopté comme le système le plus rationnel et *le plus libéral et respectant le plus la personnalité humaine*, celui appliquant la loi étrangère »...

Enfin, la Cour d'appel de Florence, dans son arrêt du 28 juin 1927 (4), après avoir qualifié le principe de l'article 8 de juste et de libéral, fait ressortir aussi que cette disposition est la plus conforme à la volonté présumée du défunt, qui sauf l'expression de volonté contraire, aurait certainement dû penser à sa loi nationale, pour régir la succession, idée reprise par la voie d'une allusion incidente seulement par l'arrêt du 19 décembre 1931 de la Cour de cassation du Royaume, qui elle, — circonstance digne d'être relevée, — ne s'est plus occupée de ces questions fondamentales en marquant ainsi un temps d'arrêt dans le développement de la féconde pensée juridique italienne (5).

(1) L. II, §§ 16, 16 *bis*.

(2) L. II, §§ 17, 17 *bis*.

(3) L. II, §§ 23, 23 *bis*.

(4) L. II, §§ 24, 24 *bis*.

(5) L. II, §§ 25, 25 *bis*.

§ 2.

La simple lecture de ces déclarations de principe venant des juridictions les plus importantes de l'Italie, permet de se rendre compte de ce qu'une seule idée générale les domine toutes. L'application de la loi étrangère est déterminée par l'intérêt de l'étranger, par les intérêts des particuliers, parce que, avant tout, comme le déclare la Cour de cassation de Palerme, « un homme doit être respecté en sa qualité d'homme », parce que ce respect de la personnalité humaine est le mieux assuré par l'application à l'étranger de sa propre loi, comme le fait remarquer la Cour de cassation de Naples. Les règles de conflit de la loi italienne sont donc inspirées par cette idée, éminemment libérale, parce qu'elle fait abstraction de toute pensée de réciprocité, d'opportunité, de conflit d'autorités ; idée libérale, parce qu'elle reconnaît l'existence juridique d'un devoir international qui existe en soi, sans qu'il faille se préoccuper du point de savoir s'il est assorti ou non de sanctions et de mesures de contrainte. C'est au développement de ces idées, fondamentales pour notre matière, qu'il convient de nous attacher maintenant.

Les conceptions libérales ne sont pas à la mode à l'heure où ce livre est publié, et les doctrines politiques et sociales cherchant à réduire le rôle de l'individu, sont propagées avec beaucoup de bruyante énergie. Il est d'autant plus important de montrer rapidement la force toujours croissante à travers les âges de l'idée du respect de la personnalité humaine, tant dans le domaine du droit interne, que dans celui du droit international.

SECTION PREMIÈRE

Qu'il nous suffise de rappeler en droit interne la disparition toujours de plus en plus complète de toute distinction dans la condition des personnes.

Pour Gaius, la *summa divisio personarum* est celle *quod aut liberi sunt aut servi* (1).

(1) Gaius I, 9.

Mais avec la disparition de la civilisation antique et sous l'influence surtout du christianisme, l'esclavage s'atténue en servage, et celui-ci tend à son tour à disparaître dans une marche plus ou moins rapide selon les pays, mais irréversible, jusqu'à présent du moins ! (1).

De même s'atténue et dans certains pays disparaît entièrement, en droit du moins, toute notion de privilège attachée à la personne ; tant pour la jouissance des droits privés que des droits publics, les hommes deviennent de plus en plus égaux, et, chose importante, cette égalité se fait par en haut, et non par en bas.

Chose importante à remarquer, car l'idée de l'égalité à elle seule ne comporte pas nécessairement l'idée de la dignité humaine et du respect qui lui est dû. Il se peut, en effet, qu'elle s'opère par destruction de la condition des classes supérieures, par abolition de leurs privilèges, par leur ravalement au niveau de la partie de la population opprimée, pour que sur cette égalité du bas étiage puisse s'établir un pouvoir despotique, qui ferait ainsi non œuvre d'affranchissement, mais celle d'asservissement par la destruction du milieu où l'exercice de son pouvoir aurait pu se heurter à une résistance sérieuse (2). On peut soutenir que ce sont là les phénomènes qui se produisirent dans certaines villes grecques avec l'établissement de la tyrannie, dans l'ancienne Russie avec la lutte de Jean-le-Terrible et Pierre-le-Grand contre l'aristocratie, enfin avec l'avènement des Soviets dans la Russie contemporaine et en Allemagne avec l'établissement du régime national-socialiste. Du moment que les classes des personnes qui étaient respectées, ont été abaissées et qu'il n'y avait plus d'hommes respectés par le pouvoir, tous se trouveront dans une condition d'égale oppression par le pouvoir méprisant les individus.

« Il nous appartient d'être bienveillants à l'égard de nos serfs, mais il nous appartient également de sévir contre eux », disait Jean-le-Terrible, en englobant dans cette condition de serfs par rapport à lui, tant les grandes familles princières, que

(1) Les nouvelles formes des Etats comme celui des Soviets et de l'Etat national-socialiste peuvent sans doute réserver des surprises à cet égard.

(2) Le mot sémitique *nagâs* : opprimer, presser, d'où l'éthiopien : *négus*, le roi. Conf. Gesenius-Buhl, *Hebräisches Handwörterbuch über des Alte Testament*, 17^e éd., p. 485.

les vilains, les citadins, les paysans. Une égalité pareille ne pouvait être sans doute une source de respect de la personnalité humaine.

Mais fort heureusement, l'évolution historique en Europe Occidentale a suivi une autre voie.

Qu'on se souvienne de la conquête par les plébéiens de l'égalité des droits. Ayant à combattre contre une forte organisation des patriciens, la lutte s'est réduite à une sorte d'analyse instinctive de la condition juridique du citoyen, qui était celle du patricien, sa décomposition en série de droits particuliers dont l'ensemble en formait le contenu, et leur acquisition un à un dans la suite des luttes politiques obstinées, — une lente ascension étape par étape à la qualité juridique complète de citoyen, avec tout ce qu'elle comporte traditionnellement de dignité et d'estime.

Souvenons-nous de la naissance de la liberté politique en Angleterre.

Ce sont d'abord les grands nobles qui mettent un frein à l'arbitraire royal et puis peu à peu ce seront les autres classes de la population qui participeront aux franchises conquises et tout Anglais tend à devenir gentleman, c'est-à-dire gentilhomme. C'est la condition meilleure qui exerce un pouvoir d'attraction et tend à devenir égale pour tous.

Souvenons-nous aussi comment dans l'ancienne France s'étend le droit de bourgeoisie. Une ville, Laon ou Loris en Gâtinais, obtient une charte de franchise ; immédiatement un mouvement se dessine et toute une série d'autres communes luttent et obtiennent des chartes modelées sur le même type. Le mouvement vise l'acquisition de la condition supérieure avec tout le prestige et tous les avantages qui y sont attachés.

Qu'on considère, enfin, le mouvement qui s'est développé au XIX^e et a continué au XX^e siècle, portant sur l'élargissement du suffrage électoral qui, ayant été d'abord l'apanage des classes supérieures, a tendu de plus en plus à devenir universel, — la même assimilation sur ce point en droit constitutionnel des classes inférieures aux classes supérieures. Tout homme, et dans beaucoup de pays toute femme adulte, devient ainsi électeur et reçoit nécessairement de ce fait un accroissement de considération.

L'homme, en tant que l'homme, devient ainsi sujet d'un

important ensemble de droits qui n'appartenaient jadis qu'à de rares privilégiés.

SECTION DEUXIÈME

S'il en est ainsi en droit interne, il en est de même en droit international, quant à la condition des étrangers, question dont la liaison avec l'ordre d'idées que nous discutons fut déjà aperçue par la Cour de cassation de Palerme dans son arrêt de 1894 (1).

Nous remonterons assez haut dans l'histoire, jusqu'à un texte de Denys d'Halikarnasse (*Ant. romaines*, 8, 41). Il nous rapporte des paroles attribuées à Marcus Coriolan, le héros d'une des épopées les plus dramatiques de l'histoire romaine. C'est au v^e siècle avant J.-C. que les Romains ont à soutenir une lutte acharnée contre la poussée Volsque. Coriolan est d'abord le héros qui se distingue glorieusement dans la lutte contre l'ennemi. Ensuite, c'est le patricien étroit qui s'oppose à la distribution du blé aux affamés ; les haines dangereuses s'allumant, il est traduit devant les *comices tributes* par les tribuns de la plèbe, et condamné. Partant en exil, il jette un dernier regard sur la ville qui l'a renié, et prononce ces paroles :

« Je m'en vais en quittant cette ville qui n'a plus de place
« pour les hommes de mérite. Adieu, ô ! vous dieux fondateurs,
« vous, autels et foyers des ancêtres, vous, génies qui habitez
« ces lieux, soyez heureux » (2).

Coriolan rompt ainsi avec la patrie, — c'est une rupture qui ressortit du droit public, qui lui fait perdre sa qualité de citoyen.

Quelles en seront les conséquences dans le domaine du droit privé ?

« Marcus n'est plus à partir de ce moment ton fils, ô ! ma
« mère, la patrie t'enlève le soutien de ta vieillesse ; je ne
« suis plus ton mari à partir de ce jour, ô ! Volumnie, mais aie
« plus de chance en épousant un autre mari, qui sera plus
« heureux que moi. Et vous, mes enfants bien-aimés, vous

(1) *Supra*, p. 89-90.

(2) 'Απέρχομαι γὰρ' ἤδη καταλιπὼν τὴν οὐκέτι χωροῦσαν ἄνδρες ἀγαθοῦς πόλιν. Καὶ ὑμεῖς, ὦ θεοὶ κτησιοὶ καὶ ἐστὶα πατρώα καὶ δαίμονες οἱ κατέχοντες τοῦτον τοπὸν, χαίρετε.

« n'avez plus de père, mais vous serez désormais orphelins et seuls, et vous recevrez votre éducation auprès de ces femmes jusqu'au moment où vous deviendrez hommes » (1).

On voit que ces conséquences sont extrêmement importantes et radicales.

Du moment que l'homme perd sa qualité de citoyen, tous ses droits privés essentiels s'évanouissent avec cette déchéance. Il n'est plus le fils de sa mère, ni mari de sa femme, ni père de ses enfants. Tous les rapports de droit dans lesquels il était engagé, sont dissous par la perte du droit de cité.

Qu'est-ce donc que nous devons en conclure ?

Qu'à l'époque très ancienne, tous les droits d'un citoyen romain étaient des *jura propria* (2), que l'homme considéré en lui-même n'était autre chose qu'un phénomène naturel, mais non point un sujet de droit ; qu'il ne le devenait que par son agrégation à la cité ; qu'il cessait de l'être par sa déchéance, — par la *capitis diminutio*.

Que Coriolan ait prononcé ces paroles ou non cela nous est indifférent ; ce ne sont pas leurs termes qui importent, mais la conception qu'ils reflètent, et elle n'est pas douteuse, parce que nous en retrouvons bien les traces chez Gaius dans le texte concernant les causes qui peuvent faire disparaître le lien agnatique.

Gaius, I, 158 : « Sed agnationis quidem jura capitis diminutione periunt, cognationis vero jus eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest. »

Qu'on rapproche ce texte de celui de Denys d'Halikarnasse, et on voit apparaître exactement le même état de droit.

Les liens de parenté que détruit la séparation de la patrie de Coriolan sont justement les liens d'agnation, celui avec sa mère agnate de son fils issu sans doute du mariage *cum manu*, autre forme de mariage n'existant pas à cette époque entre

(1) Οὐτε σὸς υἱὸς, εἰτε, μήτερ, εἴσται τὸν ἀπο τοῦδε χρόνον Μάρκιος, ἀλλὰ ἀφηρητικί, σέ τον γηροβοσκον ἢ πατρις · οὔτε σὸς ἀνὴρ ἀπὸ ταύτης, ὡ Οἰολομυνία, τῆς ἡμέρας, ἀλλ' εὐτυχοῖς ἕτερον ἄνδρα λαβοῦθα εὐδαιμονέστερον ἐμοῦ οὔτε ὕμῶν, ὡ τεκνα φίλτατα, πατὴρ, ἀλλ' ὄρφανοι καὶ ἐρήμοι παρὰ ταυταῖς εἰς εἰς ἄνδρας ἐλθῆτε, τραφήτεθε.

(2) Gaius, I, 1. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula, qualia sint, suis locis proponemus.

les citoyens, celui avec la femme unie au mari par les liens de la même forme de mariage, celui enfin avec les enfants issus du mariage. Et qu'on remarque bien que le texte de Denys ne formule pas cette réserve que fait Gaius au sujet du lien de cognation, fondé sur le phénomène naturel de la communauté de sang, qui reste en dehors du *jus civile* et ressortit du *jus naturale* le droit commun à tous les peuples.

Les droits privés n'étant, dans la conception très ancienne, que des conséquences du droit de cité, ils n'appartenaient qu'aux citoyens ; les étrangers à la cité n'en jouissaient pas ; par conséquent, la source de ces droits n'existait pas dans leur personnalité prise en elle-même, mais émanaient de la qualité de citoyen romain seulement.

Certes, la conception des droits naturels ne doit pas encore avoir été dégagée à cette époque lointaine, mais le texte de Gaius montre bien dans quel sens se dessine l'évolution.

Elle peut être d'ailleurs facilement précisée, si on jette un coup d'œil rapide sur le développement des bases du droit successoral à l'époque des XII Tables et le fondement de mêmes institutions dans le droit de Justinien.

La dévolution successorale dans la loi des XII Tables revêt le caractère purement civil :

« Si intestato moritur, cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus non escit gentiles familiam habento. »

Or, Justinien a transformé ce système successoral dans la célèbre Novelle CXVIII, dont le titre à lui seul est suffisamment significatif : « De heredibus ab Intestato Venientibus et de Agnatorum Jure Sublato », en basant la dévolution successorale sur le lien cognatique. En même temps, et bien que la tutelle ait changé de caractère en devenant surtout un moyen de protection des incapables au lieu de mesure de sécurité pour les héritiers, la Novelle, ch. V, modèle la vocation à la tutelle du mineur et des déments dont les parents décèdent *ab intestat* d'après l'ordre successoral nouveau basé sur la cognation. On voit par conséquent comment le droit de famille passe dans ses manifestations essentielles de la conception agnatique à la conception cognatique pour se transformer en même temps d'institution du droit civil dans le sens étroit du mot, en institution du droit naturel, du *jus gentium*, c'est-à-dire forme désormais un ensemble de droit que *civilis ratio corrumpere non*

potest, parce qu'ayant sa source non pas dans le droit de la cité, mais dans la personne humaine considérée en elle-même et compétant par conséquent tant au citoyen, qu'au *capitis diminutus*, qu'à l'étranger.

Cette évolution, qui s'est accomplie dans le cadre du même système juridique dans l'espace de mille ans, nous fait penser tout naturellement au progrès immense de civilisation accompli pendant ce temps et voir une corrélation nécessaire entre le développement du respect et de la considération de la personne humaine et ce phénomène général.

D'ailleurs, s'il en est ainsi, nous devons nous attendre à ce que, avec la décadence de la civilisation antique et l'installation de la barbarie, — dans la pénombre qu'elle établira sur les ruines de l'Empire romain, devra sombrer la dignité de la personnalité humaine. Jetons donc un regard rapide sur le droit du Moyen Age.

La tradition du droit germanique tribal n'est pas favorable aux étrangers. *Peregrinum qui patronum non habebat vendebunt Saxones* (1). Que telle fût la coutume générale et invétérée témoigne la disposition d'un Capitulaire de 802 qui essaye de réagir contre elle. *Nullus eos siti servitio constringere audeat neque alienare neque vendere* (2).

Si nous poursuivons cette brève étude d'abord en France, une charte d'immunité de 820 accordée par Louis-le-Débonnaire à Ynchad, évêque de Paris, nous permet de faire une conjecture vraisemblable à cet égard (3).

Le texte distingue, on le voit, trois catégories de personnes : c'est les *familii Ecclesiæ* d'abord qui sont des serfs. Puis ce sont des hommes libres et le « vel disjonctif » distingue à

(1) Meginhard (ix^e siècle), *Transl. s. Viti*, 13. Brissaud, *Manuel de l'Histoire du Droit Français*, p. 837, note 2.

(2) Pertile, *Storia del diritto italiano*, t. III, p. 187.

(3) Baluze l'a publiée dans son *Appendice des Capitulaires*, t. II, art. 36, col. 1418, où on trouve ceci : « Insuper etiam eidem jam nominato Ynchado episcopo, suisque successoribus concessionibus atque more paterno per nostram auctoritatem confirmavimus, ut nullus comes neque ulla judicaria potestas, in terra Sanctæ Mariæ, in ipsa insula consistente, ullum censum de terra Sanctæ Mariæ accipiat, nec de familia ipsius ecclesiæ, neque de aliis liberis hominibus vel incolis quæ rustice *albani* appellantur in ipsa Terra Sanctæ Mariæ manentibus hoc agere præsumant ». Voyez cependant discussion sur l'authenticité dans Las-teyrie, *Cart. de Paris*, 1867, I, n° 31.

leur côté les « incolæ qui albani vocantur », — les aubains c'est-à-dire, le texte le précise, les étrangers au domaine de Notre-Dame qui sont venus s'y installer. Nous ne savons pas au juste quelle était la condition des aubains, mais le besoin que les rédacteurs du texte ont éprouvé de les distinguer des hommes libres permet de leur attribuer une condition inférieure, celle des gens demi-libres, sans doute.

Ce texte peut être utilement rapproché d'un texte de Beaumanoir, § 1438 de l'édit. Salmon, dans lequel est traitée la question de savoir comment on devient serf de corps ; si le nom des aubains ne s'y trouve pas, la même catégorie des personnes y est certainement visée :

« Servitudes de cors si sons venues en mout de manières. »

La quatrième manière est celle-ci :

« Et encore i a d'autres aquisicions, car il i a de telles terres, quant uns frans hons qui n'est pas gentius hons de lignage i va manoir et i est residens un an et un jour, il devient soit hons soit fame, sers au seigneur dessous de qui il veut estre residens ; mais ceste coustume ne queurt nule part en la contée de Clermont : aincois si uns frans hons i veut estre, soit qu'il face résidence entre les sers ou alieus, il ne pert pas pour ce l'estat de franchise... »

Ce qu'il faut faire remarquer tout d'abord dans ce texte, c'est que le sort auquel sera soumis un étranger ne saurait atteindre un gentilhomme, ni, peut-on ajouter, un clerc.

Il est important de se rendre compte des raisons de cette situation. La condition des clercs était régie partout uniformément par le droit canonique. Les clercs appartenaient, en effet, tout d'abord au grand Corps de l'Église, qui était partout identique à lui-même, et ce n'était qu'un détail dans la qualité d'un clerc que d'appartenir à une telle ou telle autre église locale.

Privilegium clergie et *privilegium fori* rendaient inopérante toute prise de la coutume locale sur la personne d'un clerc, aussi peu respectueuse fût-elle de la dignité humaine que celles dans lesquels l'on asservissait et auxquelles fait allusion Beaumanoir en les opposant à la coutume du comté de Clermont.

Le respect du clerc résultait ainsi, non point du respect de sa personnalité humaine, considérée en elle-même, mais de la qualité de clerc, ou en d'autres termes de son affiliation à

la cité universelle de l'Église. « Clericus sum » équivalait à la déclaration de « civis romanus sum ». De par cette qualité, il échappait à l'action du droit commun. Pour qu'il en fût autrement, il fallait que la dégradation survînt :

« Il faut d'abord qu'il soit dépouillé par le vénérable évêque de sa qualité sacerdotale, pour qu'il tombe ainsi entre les mains des loins », dit déjà la Novelle, 83, 2, de Justinien (1).

Qu'on note l'expression même du texte, — il faut que le clerc soit dépouillé de l'autorité sacerdotale, de sa dignité ecclésiastique, soit ainsi retranché de l'Église, pour qu'il tombe sous le coup du droit commun, « entre les mains des lois », comme dit le texte. Le clerc doit donc sa condition spéciale à sa condition de clerc ; — une fois celle-ci disparue, il tombe sous l'empire du droit commun, et puisque ce droit commun est remplacé au Moyen Age par la coutume locale, la personne qui n'a pas de qualité spéciale pour la protéger subira toutes les conséquences de sa rigueur.

Une personne humaine n'est plus respectée, prise en elle-même.

C'est sous le même jour que se présentera l'exception que formule le texte de Beaumanoir concernant les gentilshommes.

Il n'est pas impossible de donner une explication de cette situation. Elle tenait sous doute, d'abord, à ce qu'un noble était en général un chevalier, et que la chevalerie était considérée comme une confrérie universelle et fortement marquée de caractère religieux. Un noble gardait donc partout sa qualité de chevalier et jouissait, grâce à cette condition, du respect et de la considération partout où il allait.

Cette situation s'expliquait d'autre part par le fait qu'un noble n'était jamais considéré comme une épave. La Coutume de Vitry, art. 73, exprimera plus tard cette règle en cette formule : « En noblesse ne gît espavité. »

En effet, le noble pouvait toujours et partout invoquer sa place exacte dans la hiérarchie féodale, bâtie sur les chaînes des hommages des vassaux et le lien de féauté qui en résultait et qui unissait les uns aux autres les vassaux et les seigneurs, en s'attachant à la personne même du noble.

(1) Πρώτερον γυμνοῦσθαι τοῦτον παρὰ τοῦ Θεοφιλεστάτου ἐπισκόπου τῆς ἱερρατικῆς ἀξίας, οὕτω τε ὑπὸ τὰς τῶν νόμων γίνεσθαι χεῖρας.

Cité par Genestal, *Privilegium fori*, t. II, Introd. p. 4, note 3.

Tout devait être tenu de quelqu'un.

Les légistes du Roi de France exprimaient très bien cette règle, quand ils formulaient une exception en faveur du Roi de France en recourant toutefois aux termes mêmes de la règle.

« Le Roi », disaient-ils, « ne tient que de Dieu et de l'épée » (1).

Formuler cette exception était nécessaire parce que la conviction du peuple du Moyen Age que l'Empereur du Saint-Empire Romain était le supérieur temporel du monde avait de si profondes racines, que Lebat, dans son *Traité de la Souveraineté de Roy* a cru devoir faire un chapitre spécial pour affirmer l'indépendance entière du Roi de France (2).

Ainsi, hormis le Roi de France, tout le monde devait tenir soit de l'Empereur, soit du Pape.

L'histoire des rapports politiques entre les Normands et le Pape en Italie du Sud en donne la meilleure preuve.

Quand les Normands, sous la conduite de Roger et de Robert Guiscard, conquièrent sur les Byzantins quelques comtés dans l'Italie du Sud, le Pape Léon IX (1048-1054) eut l'intention de les en expulser ; non content de l'extension de son domaine spirituel, il cherchait à renforcer aussi son pouvoir temporel.

Mais les troupes pontificales se dispersèrent dans la panique devant les guerriers du Nord, avant même de livrer bataille (3). Quelle en fût la conséquence ? La conquête de Rome par les Normands ?

Pas le moins du monde. Les irréductibles chefs normands finirent par porter leur hommage au Pape Nicolas II (1059), se reconnurent vassaux du Saint-Siège, s'obligèrent à payer le cens, à défendre le Pape contre ses ennemis, à entreprendre en leur qualité de vassaux la conquête de la Sicile sur les Arabes (4).

Comment expliquer ce traité dans lequel le vaincu semble gagner tant, et le vainqueur rien ? C'est qu'au fond le vainqueur y gagnait quelque chose d'extrêmement important, —

(1) Loisel. *Inst. Coutumières*. Maxime 20. Conf. la règle dans son expression plus ancienne, dans les *Etablissements de Saint Louis*, L. II, Ch. 76. Le Roy ne tient de nullui fors de Dieu et de luy.

(2) Ed. Paris ; 1629, p. 5.

(3) Voir Hampe. *Deutsche Kaisergeschichte im Zeitalter des Salier und Stauffer*, p. 24.

(4) *Ibidem*, p. 35.

sa légitimation, une place légitime dans le monde féodal, et se transformait ainsi de simple bandit en vrai Duc, vassal du Saint-Siège (1).

A la même époque, mais un peu plus tard, sous le pontificat du grand Pape Grégoire VII (1065-1075), un vif mouvement se produit dans la marche des Pyrénées en faveur d'une croisade décisive contre les Arabes et la reconquête de la péninsule ibérique. Dans une de ses lettres, le Pape y fait allusion (2).

Il donne sa bénédiction aux initiateurs de cette entreprise, mais à la condition qu'ils fassent leur campagne comme vassaux du Saint-Siège. Et ce serait une erreur de n'y voir que la manifestation de la politique purement égoïste du Saint-Siège. Non, le Pape ne peut pas, en principe, donner son appui moral à une entreprise illégitime. Il va, par conséquent, jusqu'à enjoindre aux croisés de ne pas l'entreprendre du tout, s'ils ne veulent pas se soumettre à l'autorité de Saint-Pierre.

Telle est l'importance de cette conception du Moyen Age, que toute personne doit tenir de quelqu'un.

Or, si un clerc ou un noble tiennent en toute circonstance leur place légitime dans le monde féodal pour des raisons que nous venons de développer, quelle sera la situation des roturiers et des serfs, qui eux, tiennent sans doute du seigneur dans la mouvance duquel ils résident, — mais qui ne sont liés à lui que *propter rem*, à cause de la tenure foncière qu'ils détiennent, lien qu'ils peuvent briser en abandonnant la tenure et en déguerpissant.

Cette catégorie de personnes ressemble plus aux choses qu'aux personnes, et ne sont au fond considérées que comme accessoires immobiliers, que comme une sorte d'immeubles par destination (3).

(1) *Ibidem*, p. 34.

(2) Registre du Pape Grégoire VII, éd. Jaffé, I, 7.

(3) Voir le *Capitulaire de Charlemagne* de 806, art. 11.

Rerum immobilium, hoc est terrarum, vinearum atque silvarum, servorumque qui jam casati sunt, sive ceterarum rerum quæ hereditatis nomine censentur, excepto auro, argento et gemmis, armis ac vestibus nec non et mancipiis non casatis, et his speciebus quæ ad negociatores pertinere noscantur. Conf. Chénon. *Histoire du Droit Français*, t. I, p. 372, note 4.

Par conséquent, du moment qu'elles échappent au pouvoir direct du seigneur circonscrit dans l'espace par les limites territoriales de son domaine, si le seigneur ne peut plus les considérer comme ses hommes, elles ne deviennent guère pour cela *sui juris*, — car en même temps qu'elles perdent leur place légitime dans le monde féodal, elles deviennent, ne tenant plus de personne, une sorte de *res nullius*, une épave dans la langue du Moyen Age, qui peut être appropriée exactement comme les produits de naufrage appartenant au seigneur de la terre sur laquelle la mer les jetait ; comme allant sur la mer, les hommes rompaient corps et biens tout lien avec la société constituée sur la terre ferme en quittant le lieu auquel ils se trouvaient attachés.

La personne humaine n'est donc pas prise en considération dans le droit féodal.

Ce qu'on envisage, c'est la qualité de la personne qui lui donne une situation déterminée dans la société féodale.

Elle peut avoir des effets universels, telle que celle de clerc ou de noble ; elle peut avoir des effets restreints à un territoire limité, telle la situation de roturier.

On peut, peut-être, faire une constatation d'un caractère encore plus général.

Le plus grand corps du Moyen Age est certainement celui de l'Église dans le sens le plus large, c'est-à-dire comportant les clercs et les laïcs.

« Nihil sic debet formidare Christianus, quam separari a corpore Christi. Si enim separatur a corpore Christi, non est membrum eius » (1).

Et l'opposition entre ceux qui sont compris dans l'Église et ceux qui sont en dehors d'elle est vigoureusement marquée par le *Canon Omnis Christianus* : « Omnis Christianus, dilectissimi, qui a Sacerdotibus excommunicatur Satanæ traditur, quomodo ? Scilicet, quia extra Ecclesiam Diabolus est, sicut in Ecclesia Christus : ac per hoc quasi Diabolo traditus, qui ab Ecclesiastica communione removetur » (2).

(1) Decret. II Pars, Causa XI, Quæst. III. Canon XXXIII.

(2) *Ibidem*. Canon XXXII. La glose en rapprochant ces deux canons s'explique ainsi : « Dicitur in hoc canone quod omnis, qui excommunicatur Satanæ traditur ; quia sicut extra Ecclesiam est Diabolus ita in Ecclesia Christus ; unde qui ab Ecclesia removetur quasi Diabolo traditur. »

Cette mise hors du corps religieux, groupement le plus important, dans lequel se réunissent les hommes du Moyen Age, quelles conséquences aura-t-elle ?

Lisons le Canon « Excommunicatos » (1).

« Excommunicatos quoscumque a sacerdotibus nullus recipiat aut reiciat ante utriusque partis iustam examinationem ; ne cum eis in oratione, aut cibo, aut potu, auto osculo communicet nec ave eis dicat. »

Et le Canon XVIII : « Cum excommunicato neque orare neque loqui, nec vesci liceat. »

La suite du texte des deux canons édicte la sanction de ces interdictions.

Canon XVII : « Quia quicumque in his, vel aliis prohibitis, scienter excommunicatis communicaverit, juxta Apostolorum Institutionem et ipse simili excommunicationi subiacebit. »

Canon XVIII : « Si quis enim cum eo aut palam aut absconse locutus fuerit, statim cum eo communionem excommunicationis contrahet poenam. »

De même le Canon XIX : « Qui communicaverit vel oraverit cum excommunicato, si laicus est excommunicatur, si clericus deponatur. » C'est toujours la même idée qui domine cette redoutable peine ecclésiastique. L'homme n'existe aux yeux de l'Église qu'en tant qu'il continue d'en être membre. Mais une fois mis en dehors de l'Église, il doit être considéré comme inexistant pour le reste des fidèles, qui ne peuvent entrer en aucune relation avec lui. Pour eux, l'homme excommunié, l'homme séparé du Corps de l'Église ne peut être objet d'aucune manifestation sociale de leur part, — en tant que l'homme abstraction faite de sa qualité de membre du groupement des chrétiens, — l'homme n'a aucune existence.

Le pouvoir temporel assure d'ailleurs par la force du bras séculier la mise en vigueur de ce principe.

On le constate en se rapportant à un édit de Saint-Louis, cité par Du Cange, *Verbo Excommunicatio* :

« Et si aliqui per annum contumaces exhiberint, ex tunc compellentur redire ad Ecclesiasticam unitatem, ut quos a malo non retrahit timor Dei, saltem poena temporalis compellat. Unde præcipimus quod Ballivi nostri omnia bona talium excommunicatorum mobilia et immobilia post annum capiant,

(1) *Decreti II Pars, Causa XI, Quæstio III. Can. XVII.*

nec eis aliquo modo ea restituant, donec prædicti absoluti fuerint, et Ecclesiæ satisfecerint. » (Voir *Etabl. de Saint-Louis*, I, Cap. 12.)

Le texte de Beaumanoir rapproché ainsi d'autres monuments du Moyen Age, et éclairé par les considérations historiques, démontre deux choses à la fois, également importantes dans l'ordre d'idées qui nous occupe.

Il montre d'abord l'état de droit primitif, dans lequel toute personne franche, n'ayant qualité ni de clerc, ni de noble, en se détachant du lieu de sa résidence habituelle et se retranchant de la sorte de la société civile locale à laquelle elle appartenait tombait, en règle générale, en servitude.

Beaumanoir nous atteste, d'autre part, que cette coutume commence à souffrir des exceptions, et que notamment elle demeure déjà de son temps sans application dans le comté de Clermont ; une évolution importante, quoique partielle, s'est donc accomplie, et le respect de la personnalité humaine, prise même en dehors de sa qualité sociale, a de nouveau reparu. Le roturier s'approche de la condition des nobles et des clercs, et de lui on aurait pu dire aussi, en comté de Clermont, du moins, « qu'en roture même ne git espavité ».

L'évolution se dessine ainsi claire et perceptible dans sa marche naturelle.

Elle épouse le développement général de la civilisation.

Rechute du monde dans la barbarie avec la disparition de la civilisation antique, et comme sa suite, l'évanouissement des droits appartenant à la personne humaine comme telle. Ne jouissent de la considération que les personnes susceptibles d'invoquer leur rattachement à des corps sociaux importants, — tels l'Église et la Chevalerie. Mais avec le progrès de la civilisation, les changements dans la condition de la personne humaine se dessinent dans le sens de son relèvement, la condition pire se rapprochant de la condition meilleure.

Ainsi le roturier dans certaines coutumes n'est plus une épave ; il se rapproche de la condition noble à cet égard ; — les autres coutumes s'achemineront dans leur évolution vers l'égalité avec celles de la condition la plus libérale.

Mais si l'aubain peut dans cet état de droit ne pas être asservi, il est utile d'étudier rapidement les incapacités dont il est frappé tout en restant homme libre, et d'observer leur évolution historique.

On trouve dans Loisel, sous le n° 69, la maxime suivante :

« Bien peuvent-ils acquérir et disposer de leurs biens entre vifs. »

On aperçoit sans difficulté le pas fait par les aubains sur le chemin qui doit les éloigner de l'état servile. Comme le fait très justement remarquer le commentaire de la maxime dans l'édition Dupin-Laboulaye, les aubains peuvent disposer des biens entre vifs puisque les serfs en peuvent faire autant, mais par différence avec ceux-ci, ils peuvent le faire sans aucune réserve, autant que les hommes libres.

L'assimilation sur ce point entre les aubains et les hommes libres nous permet, quelles que soient les incapacités qui continuent à les frapper, de marquer la tendance vers leur affranchissement de l'état servile et le rapprochement de la condition des gens libres. Ils ne seront, par conséquent, plus atteints dans leur *status libertatis* par le fait de l'absence, dans leur personne, de lien avec une société civile déterminée, et sans qualité aucune à cet égard, leur liberté sera respectée partout à cause de leur seule qualité d'hommes libres.

Mais d'autre part, ce défaut de lien avec la société civile locale déterminera certaines incapacités. A quelle idée juridique se ramène leur existence ? C'est que l'homme aura de nouveau plus ou moins de droits selon qu'il est citoyen ou non dans le lieu où il cherchera à les faire valoir. Avec la disparition de l'ordre féodal, et la reconstitution des États, l'idée romaine du citoyen par son opposition au pérégrin prend de nouveau le pas sur celle de la tenure du droit du Moyen Age.

Quelle sera l'évolution de la condition des étrangers considérée à ce point de vue ?

D'une part, toute une série d'atténuations locales auront lieu.

Le droit d'aubaine sera en général supprimé, par exemple en 1311 à Aigues-Mortes et en 1484 pour tout le Languedoc, ou pour certaines catégories d'étrangers (par exemple en 1364 pour les marchands castillans, et en 1366 pour les marchands italiens établis à Nîmes) (1). A Montpellier s'introduit la règle « omnia bona sua debent esse salva ». Parfois, on fait valoir le principe de la réciprocité ; les étrangers seront traités à Nice comme dans leurs pays sont traités les Niçois (2).

(1) Chénou, *op. cit.*, t. II, p. 74.

(2) Brissaud, p. 842.

D'autre part, il faut noter que le droit domanial commence à refouler le droit d'aubaine seigneurial appartenant aux seigneurs hauts justiciers (1) pour voir Charles VI, dans une ordonnance de 1386, s'attribuer la succession des aubains dans toute la Champagne, en quelque haute justice qu'ils soient morts (2).

Au XV^e siècle, le roi triomphe presque partout (3). Ce changement eut d'heureuses conséquences pour les étrangers, il rendit leur condition uniforme et l'adoucit ; en même temps, il diminua leur nombre, car il ne fut plus question des étrangers à la seigneurie, mais seulement des étrangers au Royaume.

Une fois toutes ces atténuations réalisées, le droit d'aubaine en France a commencé à disparaître, vers la fin de l'ancien régime.

Tout d'abord par voie de privilège royal, des exemptions furent accordées à certaines catégories d'étrangers, ceux qui venaient aux foires, Lombards et Caorsins, Suisses et Écossais au service du roi, ouvriers des manufactures royales, possesseurs de rentes sur l'Hôtel de Ville, ou supprimées dans certains lieux, ressort des quatre grands Parlements du Midi.

A ces mesures d'ordre interne s'ajoutaient des obligations découlant des traités diplomatiques, concernant l'obligation réciproque du droit d'aubaine, et qui furent conclus par la France avec 66 États étrangers (4).

Enfin, s'inspirant des écrits des philosophes, l'Assemblée Constituante, le 6 août 1790, abolit le droit d'aubaine comme contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes.

Une conclusion générale se dégage de cette brève étude historique. La condition de l'étranger s'améliore au fur et à mesure que s'affirme davantage le respect dû à la personnalité humaine, au fur et à mesure qu'*uomo percque uomo*, selon l'expression de la Cour de cassation de Palerme, gagne en considération.

(1) Ordonnance du Mardi avant Saint Grégoire, 1301, art. 1, cité par Chénon, t. II, p. 74, note 3.

(2) Brissaud. *Manuel de l'Histoire du Droit Privé*, p. 843, note 4.

(3) Chénon, *op. cit.*, p. 74.

(4) Brissaud, p. 848, renvoyant au rapport de Rœderer au Conseil d'Etat, Locré, 2, 217 et suiv.

CHAPITRE XI

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS DANS L'ANCIEN DROIT ITALIEN PLUS SPÉCIALEMENT

Poursuivons maintenant cette étude de la condition de l'étranger dans l'ancien droit, en droit italien.

Des conditions spéciales existaient en Italie, devant attirer de bonne heure l'attention des pouvoirs publics sur la question qui nous occupe.

C'est que beaucoup de pèlerins se rendaient *ad limina apostolorum* ; fréquentes étaient aussi les visites des sanctuaires (1). Les étrangers apparaissaient donc tout d'abord comme des voyageurs, et c'est à ce titre qu'il fallait leur accorder une protection. Dans cet ordre de matières, il ne s'agissait d'ailleurs que du développement des vieilles idées sur le devoir d'hospitalité qui, chez les peuples germaniques, contre-balançaient dans une certaine mesure les rigueurs du traitement infligé aux étrangers en général (2) ; idées qui ne trouvaient plus de base suffisante dans la conscience populaire, le devoir d'hospitalité paraissant une charge de plus en plus lourde, qu'on cherchait à éluder, en la rejetant sur les voisins, et dont le maintien n'était plus dû qu'à l'action des pouvoirs publics (3).

(1) Pertile. *Storia dello diritto italiano*, t. III, p. 188.

(2) Voyez par exemple la loi des Burgondes, titre XXXVIII, qui est ainsi intitulé : « De hospitalitate legatis *extraneorum* gentium et itinerantibus non neganda ». Paragraphe 1 notamment « Quicumque hospiti venienti tectum aut focum negaverit, trium solidorum inlacione mulctetur. »

(3) Voyez la disposition curieuse qui se trouve dans la même loi burgonde *eodem titulo*, § 7 : « Si in causa privata iter agens ad Burgondionis domum venerit et hospitium petierit et ille domum Romani ostenderit et hoc potuerit adprobari inferat illi, cuius domum ostenderit multæ nomine solidos. III » et qui montre si on rapproche ce texte de Tacite, *Germania*, c. 21 : « Quemcumque mortalium arcere tecto nefas habetur... » le changement survenu avec le temps.

C'est ainsi que l'Édit de Rotharie, C. 367, dispose : « Omnes waregany, qui de exterarū fines in regni nostri finibus advenierint, seque sub sento potestatis nostræ subdederint, legibus nostris Longobardorum vivere debeant, nisi si aliam legem ad pietatem nostram meruerint. Si filius legitimus habuerint, heredes eorum existant, sicut et filii Longobardorum, si filius legitimus non habuerint, non sit illis potestas absque jussionem regis, res suas cuicumque thingare, aut per quolibet titulo alienare. »

S'il résulte de ce texte que les étrangers jouissent de la protection royale, cette protection a un caractère arbitraire et intéressé. Son étendue ne tient qu'à la volonté du Prince, — même s'ils obtiennent exceptionnellement sa bienveillance particulière, l'usage de leur propre loi leur pourra être accordé, mais elle reste intéressée, parce que les biens de l'étranger reviennent à sa mort au prince.

Pendant, une exception intéressante apparaît. La succession sera dévolue aux enfants légitimes, si le *de cujus* en avait. L'étranger est donc considéré sous l'aspect de ses rapports de famille du moins, comme homme, sujet de droit, et les liens juridiques créés par les rapports intimes de filiation sont du moins respectés. Mais quant au principe qui est formulé, il est rigoureux et intéressé, — ne trouve-t-on pas dans un diplôme de Charlemagne : « Res perigrinorum propriæ sunt regis » (1). Une ferme base morale et juridique semble donc manquer à cette protection royale, grâce à laquelle les étrangers acquièrent une sécurité, que la loi ne leur donne pas (2), et que les mœurs n'imposent plus (3).

Cet état de choses bien précaire n'a pu, bien entendu, résister à la poussée des convoitises locales, qui se développèrent avec le morcellement de la puissance royale, et l'installation du régime féodal.

Les barons s'approprient le droit royal de protéger les étrangers, mais au lieu de l'exercer en leur faveur, ils cherchent surtout à en tirer des avantages et abusent de leur puissance jusqu'à imposer aux étrangers, dans les conditions qui leur

(1) Brunner. *Zeugen Geweis.*, 82.

(2) Sic Pertile, *l. c.*, p. 188.

(3) Voyez *supra*, p. 108, note 3.

rendent de plus en plus malaisée la faculté d'y échapper, la servitude.

L'idée de la prescription acquisitive si répandue au Moyen Age y trouvera son application. Ainsi, on rencontre ce témoignage de l'époque longobarde : « Ferretum, propter tenimentum, quod longissimo tempore pro canonicorum homine tenuit... villanum canonicorum et non alloderium esse pronuntio (1). Le fait par un étranger de s'établir au milieu de la population servile, et d'y demeurer pendant trente ans, lui imprime à lui-même cet état. Cette idée de l'action de la prescription sur l'état des personnes une fois apparue, son évolution s'orientera vers l'abrégement des délais nécessaires pour son accomplissement. Elle se voit réduite, en effet, à vingt, puis à dix ans (2). Mais quand la féodalité arrive à son plein développement, le délai de la prescription acquisitive descend jusqu'à un an et un jour. Les anciens, interrogés au sujet des règles coutumières de Genève concernant cette matière, disent : « Adventitios qui per annum et diem Gebennis moram fecerint, solius episcopi esse » (3).

A Chambéry : « Adventii si infra annum et diem non acceperint alberiammentum, vel dominum fecerint alium, comitis erunt » (4).

Il y a des cas où, semble-t-il, l'asservissement se fait même sans aucune prescription.

Le comte de Cannes accorde le privilège suivant à l'Église de cette ville : « Ut quicumque homo extraneus venerit in ista civitate, — si auctorem non habuerit in ista civitate, sit tibi traditus una cum filiis filiabus sueris, nepotibus suis et omnibus suis pertinentis » (5) — conception qui paraît remonter

(1) Grimoald. I. Cité par Pertile, t. III, p. 69, note 40.

(2) *Statuto senese*, ms 1207 cité d'après Pertile, t. III, p. 69, note 41. « *Puo ognano ripetere un tale come servo della gleba, si poterit probare, quod fama publica fuerit in terra de qua fuerit, quod sit et steterit per 10 annos ipsius homo, vel pro villano, vel antecessoris suis et servient ei ut villanus, si dominus poterit probare (quod) aliquo modo fuerit emptus, vel aliter acquisitus per 10 annos per capitudinem* ». Conf. pour le droit français le témoignage de Beaumanoir, *supra*, p. 99.

(3) *Bull.*, II, 642 cité par Pertile, III, p. 70, note 42.

(4) *Cibr. Sav.*, I, 251. Conf. les coutumiers d'Aoste (*Cibr. Istit.*, II, 119). Pertile, t. III, p. 70, note 42.

(5) Pertile, *l. c.*

jusqu'à l'époque des XII Tables et de la loi des Saxons et qui revient à l'idée de la nécessité du patronat des étrangers.

La situation des étrangers devait devenir, toutefois, toute différente avec le développement des communes. Sans doute, la condition des étrangers est fortement marquée au coin par l'idée de leur infériorité juridique par rapport au citoyen, mais elle comporte par rapport à la condition faite à l'étranger par les pouvoirs féodaux, cette différence essentielle et de principe : dans les villes, aucune atteinte à leur état d'hommes libres (1), n'est possible, contraire qu'elle serait à l'esprit même du mouvement communal. Deux conceptions différentes, l'ancienne héritée du régime féodal, la nouvelle propre au développement de la vie communale peuvent être aperçues à travers les textes.

L'ancienne conception trouve ses manifestations principales dans le domaine des sanctions civiles et pénales, et du droit d'aubaine.

Ainsi, un étranger débiteur d'un citoyen de Moncalieri devait, sur la seule demande de son créancier, être arrêté et détenu jusqu'au moment où il aurait soit payé, soit présenté une sûreté suffisante (2).

Les Constitutions Milanaises admettaient l'arrestation pour dettes des seuls débiteurs étrangers, de même que le Statut de Trentino (3).

Le Statut de commerce de Plaisance accordait aux citoyens un droit de gage légal sur les effets d'un étranger (4).

La même idée de l'infériorité de l'étranger par rapport au citoyen apparaît avec plus de netteté encore dans le domaine des sanctions pénales.

D'après les Statuts de Moncalieri, les blessures portées à un étranger étaient punies d'une amende qui n'était qu'un tiers de celle qui sanctionnait le même délit, commis à l'égard

(1) Pertile, après avoir étudié la condition des étrangers sous le régime féodal, continue, t. III, p. 189 : « E neanche i communi si mostravano assai liberali cogli stranieri, che guardavano con gelosia ad assoggettavano a moltissime restrizione ». Il a tort selon nous de mettre ainsi la condition des étrangers tant sur les terres des seigneurs que dans les villes sur le même plan.

(2) Priv. d'Amédée VI. Pertile, t. III, p. 191, note 20.

(3) Pertile, *ibidem*, 1.541 pour Milan, 1.307, C. 24 pour Trentino.

(4) Pertile, *ibidem*, c. 278.

d'un citoyen. Pour le cas d'homicide, la différence était encore plus grande ; l'amende pour le meurtre d'un étranger n'était que d'un huitième de celle sanctionnant le même délit à l'égard d'un citoyen.

Dans le même ordre d'idées, l'adultère avec la femme d'un étranger était puni d'une amende allant de 500 à 1.000 livres, tandis que le même commerce avec la femme d'un citoyen était frappé de peine capitale ; de même pour les blessures portées à un citoyen ou à un étranger, que dans le cas du même délit à l'égard du fils d'un citoyen ou d'un étranger, la peine variait du double au simple (1).

D'après le statut de Pistoie : « Civis qui alio civi studiosè manus ligaverit, puniatur in lb. 100. Et si civi hoc egerit contra foretanum, puniatur media pena, foretanus vero faciens hoc contra civem, puniatur in libr. 100 et plus et minus ad arbitrium potestatis » (2).

Ces règles ne rappellent-elles pas le système de tarification de la Loi Salique, où le wergeld était gradué d'après la qualité de la victime, c'est-à-dire d'après son rattachement à un tel ou tel autre groupement social, et non point par la simple considération des torts commis à l'égard de la personne humaine ?

Enfin, le droit d'aubaine.

Une disposition très intéressante est contenue dans une convention entre la commune d'Asti et les seigneurs de Pulberrigo (3).

« Tercia pars successionis hominis advene, qui in dicta villa absyne voluntate sui domini habitare venerit, sit dictorum fratrum, et alia tertia pars com. Asti et alia tertia comunis ville, si sine pœnitentia et legato, et filio vel filia decesserit. »

« Et si decesserit cum penitencia et demiserit terciam partem bonorum suorum comuni Ast. et predictis fratribus et comuni ville, de duabus partibus possit facere quidquid voluerit. »

« Et si venerit habitare cum voluntate sui domini, si sine penitencia et filio vel filia decedant, eius successio ad dominem suum deveniat, et si domino suo dimiserit tertiam partem bonorum suorum, de duabus partibus faciat ad voluntatem suam. »

(1) Pertile, § 94, note 54.

(2) Stat. Pist., 1296, III, 48, Pertile, *ibidem*.

(3) 1224. C. Malab. 787. Pertile, *op. cit.*, p. 194, note 38 a.

Ce texte prévoit deux hypothèses distinctes. Elles ont toutefois, à la base, la même idée générale.

Le premier cas prévu, c'est celui d'un étranger, venu s'installer dans la ville d'Asti sans avoir obtenu le consentement de son seigneur. C'est donc une épave dans le sens de ce mot, que nous avons dégagé plus haut (1).

Il s'est détaché de son groupement social, et il ne s'est pas attaché à celui de son nouveau domicile, parce que la ville continue à le considérer comme un étranger.

Quel sera, dès lors, le sort de ses biens au décès ? Ils seront dévolus par tiers à la ville, par tiers à la commune, par tiers aux frères, — moines d'un monastère situé près de la ville, sans doute (2). Les héritiers *ab intestat* seront privés de la succession.

Telle est la solution de principe, qui souffre toutefois deux exceptions procédant de deux idées différentes.

La première est celle qui prévoit le cas où le *de cuius* aurait légué le tiers de sa fortune à la commune, à la ville et aux moines. Le legs d'un tiers comprendrait donc un legs pieux, le *de cuius* étant décédé pénitent. De ce fait, le *de cuius* acquerrait sans doute, par l'appui que l'Église lui fournissait à cette occasion, la faculté de disposer du reste de ses biens. C'est certes un compromis, qui n'est réalisé qu'à l'aide d'un autre compromis, — le legs pieux devait être compris, en effet, dans un legs plus ample, dans lequel se trouvaient constituées aussi des libéralités en faveur de la commune et de la ville.

Par conséquent, et en résumé, le droit d'aubaine s'atténue en faveur de l'étranger qui se montre bon chrétien, et derrière cette qualité de chrétien s'effacerait celle de l'étranger ; ainsi, ce n'est plus la qualité de citoyen, qualité de caractère fort exclusif, surtout dans l'état de morcellement du Moyen Âge, qui s'oppose à celle de l'étranger, mais celle de bon chrétien infiniment plus large et comportant beaucoup moins de distinctions entre diverses personnes humaines. Le progrès par rapport à la pure conception féodale est donc sensible.

Il nous suffira de dire un mot de la seconde conception.

Elle consiste, sans doute, en ce que, si le défunt avait des

(1) V. *supra*, ch. X, § 2, section 2.

(2) On aurait pu identifier ce monastère, mais cette recherche laborieuse ne peut intéresser notre sujet et nous ne nous la sommes pas imposée.

filis ou des filles, ceux-ci auraient le droit de recueillir la succession. Le droit d'aubaine ne jouera pas dans ce cas. Or, nous l'avons déjà rencontré dans l'Édit de Rotharic (1). Il est inspiré, certes, par la considération de la personne humaine, et le respect des sentiments d'intimité naturelle que créent les liens de la filiation.

La seconde hypothèse envisagée par le texte est celle où le roturier vient habiter la ville d'Asti avec la permission de son seigneur, et de nouveau deux cas sont pris en considération, — qui font sans doute l'objet même de la convention.

Où le roturier meurt, en léguant à son seigneur un tiers de ses biens, — il peut alors disposer des deux tiers qui lui restent.

Où le roturier décède sans avoir fait de disposition en faveur du seigneur ; dans ce cas, s'il n'a pas fait pénitence, et s'il n'a ni fils ni fille, sa succession est entièrement acquise au seigneur. Ce cas n'est pas très clair. Ce qui se dégage avec certitude, c'est que si le *de cuius* avait des enfants, sa succession leur était dévolue, par la reconnaissance de la vertu des liens naturels de filiation, que nous avons déjà constatée dans la première hypothèse prévue par notre texte ; nous en sommes autorisés, bien entendu, à tirer les mêmes conséquences. Mais ce qui n'est pas évident, c'est le cas où le roturier, omettant dans sa disposition testamentaire le seigneur, mourrait néanmoins *cum pœnitentia*.

Quoi qu'il en soit de cette difficulté, l'homme qui reste homme de son seigneur, semble être considéré comme tel ; il est moins libre et moins considéré que le roturier qui a quitté son seigneur, sauf le cas où la présence d'enfants assure le respect de ses sentiments et liens familiaux.

Si ces idées féodales, quoique considérablement diminuées, subsistent ainsi par rapport au droit d'aubaine, dans d'autres séries d'hypothèses il ne s'agit plus que d'incapacités, et pour nombreuses qu'elles soient, elles partent des conceptions assez différentes.

Une revue rapide de la situation des étrangers dans certaines communes nous permettra de les dégager.

On trouve dans un décret milanais de 1389 :

« Aliengenæ — habitantes in civitatibus hujus dominii etiam si habitas sent per annos 60, et admissi fuerint ad civili-

(1) *Supra*, p. 109.

tatem, non possint exercere aliqua officia, que concernere habeant negotia illius terræ in qua incolatum habent : ne exercitare l'avvocazio » (1).

Qu'on le rapproche de cette réserve qui est formulée dans un traité d'amitié entre Vérone et les Vénitiens : « Ita tamen quod non possint ire per mare, nec mercatum facere cum forasteriis, et alias consuetudines, quas non sunt soliti forenses » (2).

Ou d'un privilège d'Amédée IV : « Cambiatores extranei cambiationem non accipiant nisi ab indigenis cambiatoribus » (3).

Ou de ces statuts réglementant le commerce à Vérone : « Nullus foresterius habere debeat tabulam in Verona ad cambiandum monetas aurum et argentum » (4).

Quelle est l'idée commune qui embrasse tous ces textes ?

C'est, semble-t-il, moins le mépris pour l'étranger que leur témoignent les conceptions féodales, portées toujours à l'envisager comme une épave, que la peur de voir perdre, à cause de concurrence possible de sa part, des occupations lucratives aux indigènes.

C'est un changement éminemment favorable qui se produit ainsi en faveur de l'étranger au point de vue des principes mêmes qui doivent déterminer sa condition. Avec le développement de la vie commerciale, l'étranger pris en lui-même n'apparaît plus ainsi comme un être inférieur. Les incapacités dont il est frappé ne résultent plus, comme une conséquence juridique, de sa qualité même d'étranger, mais forment un système de mesures de défense variant selon les lieux et les intérêts locaux et destinées à la protection des indigènes. En ce qui concerne la vie communale et urbaine, il s'agit désormais, non pas de garantir l'observation du principe basé sur certaines conceptions fondamentales quant à la constitution même de la société féodale, mais d'envisager une simple question d'intérêts et d'opportunité qui doit déterminer le jeu des règles juridiques en dernier lieu. On ne s'étonnera donc pas que ces raisons d'opportunité détermineront une évolution favorable à

(1) Pertile, t. III, p. 190, note 15.

(2) Pertile, p. 190, note 16.

(3) Pertile, note 16.

(4) 1319, III, 80. Pertile, *ibidem*.

l'étranger tendant à la disparition graduelle des incapacités dont il était frappé.

Parmi de nombreux autres statuts, le statut de Modène contient une disposition suivante (1) :

« Cum multe represalei date sint per plures civitates contra comune et homines Mutine, propter jus quod non redditur forensibus in civitate Mutinæ de eo quod habere debent a civibus, — statuimus, quod iudices teneantur jus reddere cui libet forensi de debitoribus civibus et comitatinis. » Ce sont donc les mesures de rétorsion qui ont donné tout d'abord à réfléchir à celles des communes qui adoptaient une attitude plus rigoureuse à l'égard des étrangers. Les conceptions fondamentales quant à la condition des étrangers ayant subi de profonds changements, les communes voisines de Modène, et ce n'est sans doute qu'un exemple des rapports s'établissant à cette époque entre les municipalités italiennes, ne trouvaient plus admissible l'attitude de Modène à l'égard des étrangers — qui aurait cependant paru normale et naturelle au point de vue féodal ; d'où le sentiment d'injustice, d'indignation qui appelait des mesures de rétorsion.

Ainsi, on trouve par exemple dans le statut de Chieri, rub. 90 : « De jure non faciendo in Cario alicui extraneo alicujus loci, ubi Coriensis jus habere non possit » (2). Le déni de justice à l'égard de citoyens de Cari se trouvant à l'étranger semble donc révoltant, — les gens de Carie ne pensent plus qu'il est naturel qu'ils soient traités ainsi du moment qu'ils se trouvent à l'étranger. Eux-mêmes ils traitent, semble-t-il, aussi les étrangers sur le pied d'égalité, — parce qu'il faut une disposition spéciale du statut pour refuser l'accès de la justice aux étrangers ressortissant du pays étranger qui prend cette attitude à l'égard des gens de Carie.

Mais, pour réel qu'il était, le progrès fut lent qui pourrait en douter ?

Encore le rédacteur du Code du Comte Félix a cru à propos d'inscrire la disposition suivante dans ce monument. Art. 881 : « Non potranno gli stranieri attori in materia di commercio, obligarsi per detta solo qualita di stranieri, a prestar cauzione

(1) *B.* 27, III, 28. Pertile, *l. c.*, note 19.

(2) Pertile, *l. c.*, note 18.

di pagare le spese i danni ed interessi ai quali potrebbero venir condannati » (1).

Ce texte a vraiment une importance capitale.

Il exprime cette idée qu'il y a des droits qui appartiennent à l'homme comme tel, sans qu'il faille les faire découler de sa qualité de citoyen, — l'étranger ne peut pas être privé de certains droits pour la seule raison qu'il est étranger, formule qui fait bien pressentir la conception de la Cour de cassation de Palerme du respect dû à la personnalité humaine, à *l'uome perque uomc*, et qui constitue l'acheminement vers l'idée par laquelle Pertile caractérise l'évolution de l'ancien droit italien : « Ma molte altre restavano ad abolire, affinché il generale carattere della personalità humana prevalesses all'accidentalità della nascita e venisse in tutti egualmente apprezzato » (2).

Quel en sera l'aboutissement ?

L'article 3 du Code civil italien :

« Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. »

L'étranger est assimilé au citoyen au point de vue du droit civil. On respecte l'homme considéré en lui-même ; on ne fait plus dériver ses droits civils de sa qualité de citoyen de l'État au nom duquel statue le juge, — on ne le fait pas non plus par seule peur des représailles qui pourraient être dirigées contre les ressortissants de l'État du juge saisi.

Abstraction faite de toutes ces considérations, soit de principe, soit d'opportunité, l'homme est respecté en tant qu'homme. La personnalité humaine suffit par elle-même à commander le respect, en vertu des sentiments humains nourris et développés à travers les âges.

(1) Pertile, *l. c.*, note 19.

(2) Pertile, t. III, p. 197.

CHAPITRE XII

LE RESPECT DE LA PERSONNALITÉ HUMAINE DOIT NON SEULEMENT INFLUER SUR LA CONDITION DES ÉTRANGERS, MAIS AUSSI TENIR COMPTE DE LA NATURE SOCIALE DE L'HOMME.

L'étranger aura donc la jouissance des droits civils à l'instar du citoyen, — il aura donc l'accès à l'ensemble du droit privé du juge du pays dans lequel il a des intérêts privés.

C'est l'aboutissement de l'évolution de la condition de l'étranger et c'est sans doute une conquête considérable de la civilisation.

Inspirée par le développement du respect dû à la personnalité humaine, donne-t-elle toutefois tout le développement qu'elle comporte à cette idée ?

Il en serait sans doute ainsi si l'homme ne devait être considéré que comme un individu isolé, qui ne porterait sur lui aucune empreinte sociale, à qui il serait tout à fait indifférent si telle ou telle autre loi lui était appliquée au hasard de ses pérégrinations, à qui une seule chose importerait, c'est que la loi du lieu, quelle qu'elle soit, lui soit appliquée dans son ensemble, qu'il jouisse en entier des droits qui en découlent, qu'il ne se voie pas exclu du bénéfice de jouissance d'un droit quelconque, prévu par la législation du lieu, pour cette seule raison qu'il est étranger.

Mais la réalité des choses correspond-elle à une pareille conception ?

Aristote faisait déjà remarquer que l'homme est un *ζῷον κοινόν καὶ φύσει πολιτικόν*.

La sociologie moderne va jusqu'à affirmer qu'un homme qui ne se comporterait pas comme un être social, ne serait pas un homme (1).

(1) Durkheim : *La vie religieuse*, 2^e éd., p. 626 : « Un homme qui ne penserait pas par concepts ne serait pas un homme, car il ne serait pas un être social. Réduit aux seuls percepts individuels, il serait indistinct de l'animal ».

Il y a là sans doute de l'exagération.

Aristote, avec raison, ne s'attachait pas exclusivement à la nature sociale de l'homme et ajoutait : καὶ πολιτικόν. Car, si on faisait même abstraction des formes rudimentaires de collectivités dans lesquelles se réunissent certains animaux du troupeau, il est impossible de ne pas tenir compte des collectivités hautement développées que forment les fourmis, les termites, les abeilles ; il est impossible de nier qu'une fourmi soit un être social, — ne soit même, aux yeux des humains, qu'un être social, son individualité échappant à nos observations.

Peut-être sera-t-il même malaisé de leur dénier un certain caractère politique, ne retenant que les luttes qui s'engagent entre les fourmilières ou termitières différentes.

Nous ne dirons donc pas que l'homme soit le seul être social et politique, — il y en a peut-être d'autres ; mais il nous suffira d'affirmer son caractère social, comme un trait propre, bien qu'il ne lui soit pas nécessairement exclusif, pour pouvoir continuer nos recherches.

Nous devons d'abord nous faire une idée de l'influence que, au point de vue juridique, exerce le facteur social sur l'individu. Il conviendra ensuite d'en déduire des conséquences au point de vue de l'attitude en droit à prendre à l'égard des étrangers.

§ 1.

Que l'homme doit être considéré comme un être social, est un principe qui comporte deux propositions différentes.

1. L'homme est un être social, c'est-à-dire que sa nature ne s'épuise pas par son individualité, l'influence de la société produit en lui-même certaines manifestations qui auraient été impossibles autrement, car elles ne peuvent pas trouver leur source dans un homme isolé.

2. Mais l'homme n'est pas un être social *in abstracto*, — il appartient nécessairement à une société déterminée, — parfois peut-être à plusieurs sociétés différentes, mais celles-ci sont toujours bien déterminées et leur influence sur l'individu peut être observée et délimitée.

Considérons la première proposition et prenons tout d'abord,

pour rattacher à la réalité la formule un peu abstraite que nous avons proposée, un texte d'Ulpien qui se trouve au *Digeste*, au début du titre : « De donationibus inter virum et uxorem » (1).

« Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est ne mutuo amore invice spoliarentur donationibus non temperantes sed profusa erga se facilitate. »

Et le texte de Paul, loi 2, au même titre, développe la même pensée : « Ne cesset eis studium liberos potius educendi, Sextus Cæcilius et illam causam adiciebat, quia sæpe futurum esset, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia. »

Enfin Ulpien, en reprenant la même pensée au début de la loi suivante, ajoute (2) :

« Hæc ratio et oratione imperatori nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait : Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimates, famæ eitam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. »

Ces textes illustrent bien notre pensée.

Les donations entre époux ont leur source, comme le remarque fort bien Ulpien, dans les élans de l'amour conjugal, qui les pousse aux largesses, sans que la raison y apporte des tempéraments utiles. Dans cette occurrence, l'homme apparaît sous un aspect de faiblesse.

D'où viendrait la force secourable, si le mariage restait, comme le fait remarquer Ulpien lui-même, une institution de droit naturel ?

« Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit : nam jus istud non humani genium proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, omnium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio : videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censi » (3).

(1) Dig. 24. I. Loi 1.

(2) H. t. Loi 3, p. 2.

(3) Dig. 1, I. Loi 1, 3.

D'où viendrait la réserve nécessaire si l'homme vivait dans l'état de mariage commun à son espèce et au régime animal, livré à ses seules impulsions individuelles ?

Mais puisque l'homme est un être social, appartenant par conséquent à une société humaine déterminée, il se trouvera arrêté dans les transports de ses sentiments de largesse par la conception sociale du mariage, ayant sa source non pas dans les opinions individuelles, mais dans la manière de voir sociale, constituant non pas une conception individuelle momentanée et variable au gré de la passion, — mais une conviction sociale durable et impersonnelle, — *moribus apud nos receptum*...

Elle s'imposera à l'individu d'une manière préventive d'une part et d'une manière prohibitive d'autre part.

La manière préventive se manifestera parce que certains individus, tout en voulant faire une donation à leur époux, s'abstiendront, sachant que, dans la conception de la société à laquelle ils appartiennent, elle est réprouvée.

L'acte désiré paraîtra à eux-mêmes peu recommandable et ils trouveront de la sorte en eux-mêmes le sentiment de résistance qui, étranger à leur personne, ne serait pas né, s'il ne venait pas du dehors.

L'influence du facteur social modifiera du tout au tout leur attitude.

Il en sera de même si l'époux désirant faire une libéralité à son conjoint, songe lui-même à son annulation possible et s'abstiendra, peut-être moins par le sentiment de réprobation sociale qui se communiquera à lui, qu'en raison de la contrainte qu'exercera à son égard cette interdiction sociale.

Passera-t-il outre enfin ?

Le facteur social s'exercera indépendamment de lui, la donation par lui faite sera annulée par la force extérieure à lui, son élan de libéralité se trouvera effacé et l'inanité même de son acte viendra renforcer, en la renouvelant, l'influence du facteur social sur l'attitude d'autres individus qui seraient dans l'avenir animés des mêmes intentions.

Un concept social extrêmement fort est créé ainsi, il prend ses racines dans une pratique durable, constante et impersonnelle des membres d'une société qui s'écoulent dans son cadre avec le cours des temps.

Une donation entre époux apparaîtra aux membres de cette société comme un acte répréhensible, — son exécution comme

une transgression, comme une action dénaturant, comme le montre Cecilius, le caractère même du mariage.

Qu'on réfléchisse sur la valeur sociale de l'article 1054 du Code civil italien :

« I congiugi non possono durante il matrimonio farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salvo negli atti di ultima volontà nelle forme e secondo le regole stabilite per tali atti », qui s'appuie ainsi sur une tradition deux fois millénaire.

Quelle force d'habitude impersonnelle et immémoriale est derrière lui !

Et si, pour montrer le caractère général de ce phénomène fondamental qu'est l'influence du facteur social sur l'individu, on quittait pour quelques instants le domaine du droit privé...

En décrivant la manière dont les Germains livrent bataille, Tacite (*Germaniæ*, VII) dit : « Quodque præcipuum fortitudinis incitamentum est, non casus nec fortuita conglobatio turmam aut cuneum facit, sed familiæ et propinguitates ; et in proximo pignora, unde feminarum ululatus audiri, unde vagitus infantium. Hi cuique sanctissimi testes, hi maximi laudatores ; ad matres, ad coniuges vulnera ferunt ; nec illæ numerare aut exigere plagas pavent, cibosque et hortamina pugnantibus gestant. »

Quoi de plus saisissant que ce tableau de l'ordre de bataille qui montre bien comment les forces individuelles des guerriers se voient galvanisées par l'action du facteur social.

D'une part, le corps de bataille est formé par les parantèles ; liés par le sang, se sentant entourés par leurs proches, les guerriers savent qu'ils seront secourus dans le cas de péril par leurs voisins, mais qu'ils le seront, non seulement par sentiment de devoir et de haine envers l'ennemi, mais par l'affection à l'égard de leurs parents, — ne sentiront-ils pas eux-mêmes leurs forces décuplées, quant à leur tour ils s'élanceront à leur aide ?

Soutenus ainsi les uns et les autres par leur sentiment d'affection réciproque, issu du lien de sang et du fait d'appartenir au même groupe, ils sont plus puissamment encore appuyés par l'ensemble de leurs mère, femme et enfants, qui, tant par leur présence que par leurs signes d'approbation, de triomphe et de désolation, exaltent leur force en leur faisant sentir la gravité des intérêts qui sont en jeu, dont la sauvegarde dépend de leur valeur et leur courage dans la lutte.

ὦ παῖδες Ἑλλήνων ἴτε,
 ἐλευθεροῦτε πατρίδ', ἐλευθεροῦτε δὲ
 παῖδας, γυναῖκας, θεῶν τε πατρῴων ἔδῃ
 θήκας τε προγόνων · νῦν ὑπερ πάντων ἁγῶν (1)

chantaient les Grecs en s'avançant dans la bataille de Salamine contre la flotte des Perses.

Les forces décuplées, c'est la société qui les communique à l'individu. Il n'en trouverait pas la source en lui-même.

On aurait pu peut-être aller plus loin.

On aurait pu dire que le courage se réduit ainsi à une certaine force de sentiment familial, — qu'il n'est que la transformation aux fins de la lutte armée de l'affection familiale, et qu'ainsi ses racines profondes se trouvent dans les divisions du groupe social, et que ce sont ainsi les catégories sociales qui déterminent ce trait individuel important qui est la bravoure (2).

Dans ces deux exemples, la société prise dans son ensemble, apparaissait à côté de l'individu comme une force sociale de caractère indéterminé se dégageant du groupement pour secourir et reconforter l'individu.

Le phénomène change-t-il de nature, si cette force, ayant son domaine propre, se précise sous forme d'une action religieuse, par exemple ? Un épisode tiré de la tradition romaine nous permettra de nous rendre compte de l'identité du caractère du phénomène et, partant, de sa généralité.

Dans une bataille importante entre les Romains et les Latins, en l'an 441 de Rome, ceux-là fléchissent. Comment redresser les forces et le courage défaillants des individus ?

Un des chefs de l'armée romaine, le Consul Decius Mus., qui commandait l'aile qui a commencé à lâcher pied, se décide immédiatement à faire appel aux forces suprêmes de la société concentrées dans ses idées religieuses et le culte à leur service. L'action de ces forces une fois déclanchée sera d'autant plus décisive, que les représentations religieuses des Romains et des Latins sont à peu près identiques. Le Consul fait appeler le grand Pontife et il lui enjoint de le vouer, lui et les

(1) Eschyle. *Perses*.

(2) Tacite, *Germania*, VIII, « Memoriae proditur quosdam acies inclinatam iam et labantis a feminis restitutas constantia precum et obiectu pectorum et monstrata comminus captivitate... ».

légions de l'adversaire, aux dieux chtoniens. Les imprécations solennelles et terribles du grand Pontife une fois achevées (1), le Consul se jette dans le milieu de ses ennemis. Il périra sans doute, — mais ensemble avec les légions ennemies, car telle a été la portée de la formule magique du Pontife. Le Consul, sur la personne duquel a opéré directement le prêtre, représentait l'ensemble des victimes consacrées *Dis Manibus*. Leur perte devenait donc dans leurs yeux ainsi inévitable. Qu'on remarque bien l'action reconfortante et destructrice à la fois qu'exercent à cette occasion les forces sociales. Déclanchées par la cérémonie magique, d'une part, ces forces de la société romaine encouragent les soldats romains, leur redonnent la confiance dans leurs forces et, bien qu'entamés par l'ennemi, ils repartent dans une offensive. — Mais les mêmes forces sociales exercent à ce moment une action déprimante sur les guerriers ennemis, se sentant irrémédiablement condamnés, ils ne pourront plus résister et leur succès se transformera en déroute.

§ 2.

Nous pouvons aborder maintenant, nous étant ainsi rendu compte du phénomène général de l'influence des forces socia-

(1) Liv. VIII-IX, conf. Liv. X, 28, 2, 9. « Deorum, inquit, ope Valeri opus est. Agedum pontifex publicus populi romani, præi verba quibus me pro legionibus devoveam ». Pontifex eum togam prætextam sumere jussit, et, velato capite, manu subter toga ad mentum exserta, super telum subjectum pedibus stantem sic dicere : « Jane, Jupiter, Mars pater, Quirine, Bellona, Lares divi Novensides, dii indigetes, dii quorum est potestas nostrorum hostiumque ; diique Manes, vos precor, veneror, veniam peto feroque, uti populo romano Quiritium vim victoriamque prosperitis, hostesque populi romani Quiritium *terrore, formidine, morteque afficiatis*. Sicut verbis nuncupavi, ita pro republica Quiritium exercitu, legionibus, auxiliis populi romani Quiritium, legiones auxiliaque hostium mecum diis Manibus Tellurique devoveo ». Hæc ita precatus, lictores ire ad T. Manlium jubet, matureque collegæ se devotum pro exercitu nuntiare ipse incinctus cinctu gabino, armatus in equum insiluit, ac se in medios hostes immisit.

Conspectus ab utraque acie aliquanto augustior humano visu, sicut cœlo missus piaculum omnis deorum iræ, qui pestam ab suis aversam in hostes ferret.

Ita omnis terror pavorque, cum illo latus signa primo Latinorum turbavit ; deinde in totam penitus aciem pervasit.

les sur l'individu, le problème de l'influence sur l'individu des sociétés particulières, l'homme ne devant pas être considéré comme un être collectif *in abstracto*, mais se trouvant nécessairement sous l'influence d'une ou parfois de plusieurs sociétés déterminées.

SECTION PREMIÈRE

Ce principe de la nécessité d'une liaison entre le milieu et l'homme a été déjà bien remarqué par Hérodote sous la forme d'ailleurs un peu naïve, bien que curieuse à la fois :

« Je vais reprendre maintenant avec détail le récit concernant l'Égypte, parce que cette terre a plus de choses admirables que toute autre, et plus que toute autre, elle a des travaux au sujet desquels la vérité dépasse tout ce qu'on pourrait en raconter » (1).

« Les Égyptiens, étant donné que le ciel chez eux est très divers, ainsi que le fleuve a une nature toute différente que les autres fleuves, ont eux-mêmes des mœurs et des lois tout à fait contraires à celles des autres hommes » (2).

« Les femmes fréquentent le marché et trafiquent, tandis que les hommes restent à la maison et tissent » (3).

« Tout le monde tisse en poussant la trame en haut, — tandis que les Égyptiens le font en bas » (4).

« Les hommes portent les faix sur la tête, les femmes sur les épaules » (5).

« Les femmes urinent debout, tandis que les hommes accroupis » (6).

(1) Hér. 2, XXXV. Ἐρχομαι δὲ περὶ Αἰγύπτου μηχανεύων τὸν λόγον, ὅτι πλέω θωμάσια ἔχει ἢ ἄλλη πᾶσα χώρα καὶ ἔργα λόγον μέζω παρέχεται πρὸς πᾶσαν χώραν · τούτων εἵνεκεν πλέω περὶ αὐτῆς εἰρήσεται.

(2) Αἰγύπτιοι ἅμα τῷ οὐρανῷ τῷ κατὰ σφέας ἰόντι ἑτεροίῳ καὶ τῷ ποταμῷ φύσιν ἀλλοίην παρεχομένῳ ἢ οἱ ἄλλοι ποταμοί, τὰ πολλὰ παντὰ ἐμπαλιν τοῖσι ἄλλοις ἀνθρώποισι ἐστήσαντο ἥθεα τε καὶ νόμους · Hérodote parle longuement du Nil et de l'influence du soleil sur son régime dans les chapitres XIX et ss.

(3) Ἐν τοῖσι αἱ μὲν γυναῖκες ἀγοράζουσι καὶ καπηλεύουσι, οἱ δὲ ἄνδρες καὶ οἴκους ἔοντες ὑφαίνουσι.

(4) Ὑφαίνουσι δὲ οἱ μὲν ἄλλοι ἄνω τὴν κρόκην ὠθέοντες, Αἰγύπτιοι δὲ κάτω.

(5) Τὰ ἄχθεα οἱ μὲν ἄνδρες ἐπὶ τῶν κεφαλῶν φορέουσι, αἱ δὲ γυναῖκες ἐπὶ πῶν ὤμων.

(6) Οὔρουσι αἱ μὲν γυναῖκες ὀρθαί, οἱ δὲ ἄνδρες κατήμενοι.

« Les Égyptiens vont à la selle à la maison et se nourrissent dans les rues, en expliquant que les choses honteuses mais nécessaires doivent être faites en secret, tandis que les actes qui n'ont rien de honteux en eux peuvent se faire en public » (1).

« Les femmes ne peuvent remplir la fonction de sacerdoce d'aucune divinité, ni masculine, ni féminine, — ce sont les hommes qui en ont la charge » (2).

« Les hommes ne sont guère obligés de nourrir leurs parents s'ils ne veulent pas, — tandis que les filles le doivent, même si elles ne le voulaient pas » (3).

« Les prêtres, en d'autres pays, font pousser leurs cheveux, en Égypte ils se rasent la tête » (4).

« Chez les autres hommes, il est d'usage de tondre les cheveux en cas de deuil et surtout pour les proches parents, tandis que les Égyptiens font pousser les cheveux qu'ils rasaient avant, tant sur la tête que sur le menton » (5).

« Les autres hommes prennent leurs repas séparément des animaux, tandis que les Égyptiens mangent ensemble avec eux » (6).

« Les autres vivent de bouillie d'orge, mais pour les Égyptiens d'en tirer la nourriture pour le maintien des forces vitales constituerait un sujet de honte » (7).

« Ils circonscisent l'organe viril pour des raisons de propreté, et ils préfèrent être propres plutôt que convenables » (8). Qu'on compare ces considérations de l'antique historien réson-

(1) Εὐμαρίη χρέονται ἐν τοῖσι οἴκοισι, ἐσθίουσι δὲ ἔξω ἐν τῇσι ὁδοῖσι, ἐπιλέγοντες ὥς τὰ μὲν αἰσχυρά ἀναγκαῖα δὲ ἐν ἀποκρύφῳ ἐστὶ ποιεῖν χρεῶν, τὰ δὲ μὴ αἰσχυρά ἀναφανδόν.

(2) Ἰρᾶται γυνὴ μὲν οὐδεμίᾳ οὔτε ἑρσενος θεοῦ οὔτε θηλέης, ἄνδρες δὲ πάντων τε καὶ πασέων.

(3) Τρέφειν τοὺς τοκέας τοῖσι μὲν παισὶ οὐδεμίᾳ ἀνάγκῃ μὴ βουλομένοισι, τῇσι δὲ θυγατράσι πᾶσα ἀνάγκη καὶ μὴ βουλομένησι.

(4) Hérod. 2, XXXVI. Οἱ ἱερεῖς τῶν θεῶν τῇ μὲν ἄλλῃ κομέουσι, ἐν Αἰγύπτῳ δὲ ξυρεῶνται.

(5) Τοῖς ἄλλοις ἀνθρώποισι νόμος ἅμα καὶ θεὸς κεκάρθαι τὰς κεφαλὰς τοὺς μάλιστα ἰκνέεται. Αἰγύπτιοι δὲ ὑπὸ τοὺς θανάθους ἀνιῶσι τὰς τρίχας αὖξασθαι τὰς τε ἐν τῇ κεφαλῇ καὶ τῇ γενεῇ τῶς ἐξυρμένους.

(6) Τοῖσι μὲν ἄλλοις ἀνθρώποισι χωρὶς θηρίων ἡ διαίτα ἀποκέχρται, Αἰγυπτίοις δὲ ὁμοῦ θηρίοις ἡ διαίτα ἐστὶ.

(7) Ἀπὸ πυρῶν καὶ κριθέων ἄλλοι ζῶουσι, Αἰγυπτίων δὲ τῷ ποιευμένῳ ἀπὸ τούτων τὴν ζῆν ὄνειδος μεγίστον ἐστὶ.

(8) Hérod. 2, XXXVII. Τὰ τε αἰδοῖα πέριταμνονται καθαριότητος εὔνεκεν, προτιμένους καθαροὶ εἶναι ἢ εὐπρεπέστεροι.

nant, comme nous l'avons vu de cause à effet : cause, le climat très spécial et le fleuve prodigieux dominant le pays, — effet, la singularité des mœurs, des habitudes et du droit du peuple qui est soumis à leur influence, avec ces paroles pleines de conviction du discours de Mancini de 1851 (1) :

« C'est principalement dans les rapports de droit privé que se révèlent l'esprit et le caractère national ; car les actes et coutumes qui dépendent de la libre spontanéité de leurs agents, les lois de chaque peuple avec le caractère de pactes tacites entre les familles qui le composent, reposent quelquefois simplement sur les mœurs, les habitudes et la tradition domestique. »

« Le climat, la température, la situation géographique, montagneuse ou maritime, la nature et la fertilité du sol, puis la diversité des besoins et des mœurs, déterminent chez chaque peuple, avec une prépondérance presque entière, le *système des rapports de droit*. Ils déterminent même, à un degré plus ou moins grand, la précocité du développement physique ou moral, l'organisation des rapports de famille, les occupations préférées, et les genres d'affaires et de relations commerciales qui se retrouvent le plus fréquemment. Pour ces motifs aussi, l'état et la capacité personnelle dans le droit privé des différentes nations doivent différer d'après la diversité des conditions. On ne pourrait méconnaître cette différence sans faire violence à la nature, et sans en renverser les effets avec une injustice éclatante. L'âge peut être cité pour exemple. »

« On ne doit pas considérer comme une concession arbitraire et bienveillante du législateur, que l'étranger arrivant dans notre territoire y garde son état personnel et sa *capacité juridique d'origine*. Quelle injuste prétention ne serait-ce pas que d'exiger le contraire ? »

« L'individu venant des pays froids, où la nature est languie et le développement des facultés physiques et morales tardif, reste avec raison, d'après les lois de son pays, dans un état de minorité et d'incapacité pour un temps plus long qu'il ne le serait d'après les lois d'un pays chaud, vivifié par les rayons du soleil de midi. Si, en voyageant, il arrivait dans les pays du Midi de l'Europe ou en Afrique, et y fixait sa demeure, aurait-il acquis instantanément, par suite de ce fait, les qualités physiques et morales qui lui manquent, pour qu'on lui rende

(1) *Clunet*, 1874, pp. 291 et s.

applicable la condition de majorité établie par les lois dominantes dans ce pays ? »

Nous ne savons pas si Mancini connaissait les chapitres d'Hérodote que nous venons de reproduire avant de citer ses propres considérations, — nous serions portés à supposer plutôt la négative, mais alors l'identité des idées générales qui ont inspiré à la distance de deux millénaires et demi ces deux hommes, ne fait que devenir d'autant plus frappante.

Mais de quoi sommes-nous en présence quand nous parcourons ces pages, soit déjà très anciennes, soit ne datant que du siècle dernier ? Est-ce une démonstration scientifique de la relation entre les caractéristiques physiques et géographiques d'un pays donné et les traits de la race humaine qui, attachée au pays par un long séjour, reçoit génération après génération les influences du sol et du climat et subit ainsi de plus en plus son empreinte ? Non certes, — ce ne sont que des intuitions, — mais telles quelles et même si elles ne recevaient une plus solide base dans les observations et les analyses scientifiques, elles auraient une valeur considérable, — parce que faisant preuve de l'existence du sentiment que l'homme doit être considéré non point comme un homme *in abstracto*, mais comme un être social, c'est-à-dire représentant non seulement des traits individuels, mais aussi les influences de la société, — d'une société déterminée, ayant ses traits distincts et propres la différenciant des autres sociétés, et partant différenciant l'homme appartenant à cette société d'un autre homme qui n'en fait pas partie. Cette opinion, ne fût-elle basée que sur une simple intuition, emporte tout de même une conséquence juridique importante. — Un sentiment devrait se former qu'un homme ressortissant d'un pays pouvait considérer comme des choses extrêmement importantes au point de vue juridique et moral, ce qui à un individu venant d'un autre pays apparaîtrait peut-être comme futile, voire ridicule, qu'étant donné cette différence, l'attitude à prendre à l'égard d'un homme appartenant à une société déterminée, constituée dans un pays déterminé, ne devrait pas être la même qu'à l'égard d'un autre homme appartenant à une autre société. — Avec le respect croissant de la personnalité humaine, l'attitude à prendre à l'égard des personnes appartenant aux divers pays doit nécessairement s'adapter à ces différences.

Or, ces influences du pays et de la société donnée sur ses

habitants, entrevue par Hérodote et Mancini, sont constatées d'une manière beaucoup plus précise par les sciences historiques et sociologiques modernes.

Rapportons-nous tout d'abord dans cet ordre d'idées à l'excellente histoire de l'Ancienne Grèce appartenant à la plume de MM. Glotz et Cohen, au chapitre premier notamment, qui porte ce titre significatif : La Grèce : le pays et l'homme.

« Ainsi sur une carte en relief, la Grèce semble décomposée en une infinité de petits rectangles séparés les uns des autres par des chaînes... Nulle part de ces vastes bassins marqués par la nature pour les concentrations humaines. »

« Le morcellement physique a pour conséquence le morcellement politique. Chacune de ces petites cellules creusées dans le sol est prête à recevoir un petit groupe et à l'assurer d'une indépendance complète. Autant d'îles ou de vallons fermés, autant de cités, c'est-à-dire autant d'États. C'est ici qu'a été créé le mot de *polis* et qu'il a eu son sens le plus plein.

« Quelques champs dans la plaine, des pâturages, un coin de bois dans la montagne, une butte qui sert de refuge en cas d'attaque, un marché pour les échanges intérieurs, un port pour assurer les relations avec l'extérieur : et voilà le cadre parfait où quelques dizaines de mille hommes forment une société autonome et souveraine. A tout instant, une crête, une rangée de collines sépare deux peuples. D'un regard, chacun peut embrasser toutes les frontières de son pays.

« Ce canton, que le citoyen aperçoit du haut de l'Acropole, c'est sa patrie tout entière ; au delà, c'est l'étranger. Tous ceux qui se meuvent avec lui dans ce cercle restreint sont ses parents. Des parents qui ne s'entendent pas facilement entre eux, mais qui veulent tous que leur cité soit plus belle, plus grande, plus prospère que la cité voisine. En politique, le Grec voit petit et sent avec d'autant plus de force que sa passion se concentre davantage ; il juge monstrueuses et inhumaines les proportions des monarchies orientales.

« C'est dans un monde minuscule qu'il enferme l'instinct social qui l'anime, et il se trouvera un Aristote pour définir l'homme, « un être qui vit dans une polis » (1).

« ...Chacun contribue au bien de la communauté et en profite... Ce goût de la vie sociale et politique élève les esprits, il

(1) Page 10, note 18, Aristote, *Pol.*, II, 9, III, 4, 2.

stimule le progrès intellectuel ; il répand le don d'observation, le jugement, l'aptitude à jouir de l'éloquence et de la poésie. La fierté civique imprime une noblesse d'attitude au corps et à l'âme. Tout ce que le régime de la cité a produit d'utile et de grand est dû à un vigoureux individualisme et le patriotisme municipal apparaît lui-même en Grèce comme un individualisme collectif » (1).

Enfin, sur le climat (2).

« La Grèce ne jouit pas d'un éternel printemps. Les variations du climat sont très accentuées ; de saison à saison change la température, mais plus encore le régime des vents et des pluies. L'humidité et la sécheresse déterminent pour les plantes et les hommes des périodes inégales de travail et de repos... En janvier commence un hiver maussade. Les averses se transforment en rafales torrentielles... Dans cette « saison morte », il faut renoncer à la vie en plein air, à la guerre et à la navigation. La place publique est déserte et l'oisif n'a d'autre ressource que la causerie à la forge voisine. Après les dernières pluies, avril amène un printemps précoce, court, charmant... Vers la mi-juin, le temps se met au beau fixe... Une lumière éclatante baigne toute chose. L'air se fait transparent... — Les anciens vantaient éperduement cet éther léger, cette clarté diaphane, cette lumière d'une pureté divine *φάος ἁγνόν* et ne voyaient rien de pire dans la mort, que la privation du soleil.

« Un pareil climat produit sur les hommes des effets remarquables. Ailleurs, ou bien les chaleurs excessives rendent tout effort pénible et alanguissent la race, ou bien la lutte contre les froids durables exige un énorme surcroît de travail. Dans l'Égée, l'alternance des saisons trempe les corps et les âmes, donne aux muscles la souplesse et la vigueur, façonne un type d'homme ferme et nerveux, sec et vif. Dans un traité sur des *Airs*, Hippocrate ramenait à la même cause l'endurance physique des Grecs, leur bravoure et leur amour de la liberté.

« La prédominance des beaux jours réduit au minimum les soucis matériels de l'existence. Nourri déjà par l'air tonifiant qu'il respire, le Grec se contente d'un repas frugal... Rien ne gêne la liberté des mouvements ; les souples tissus laissent deviner la perfection des formes et font valoir la grâce des atti-

(1) Page 11.

(2) Page 12.

tudes. A l'atelier ou la palestre, c'est encore trop de contrainte ; sans fausse pudeur le corps alors se montre à nu tout entier. Sur une cour ouverte donnent quelques chambrettes où besognent des femmes, mais où l'homme ne vient que pour manger et dormir... L'agora ou la rue, le parvis du temple, le théâtre creusé au flanc de la colline, le stade étalé dans la plaine sont les cadres familiers de la vie hellénique. Le plein air attire invinciblement ces gens qui n'ont pas besoin de travailler d'un bout de l'année à l'autre et du matin au soir... Ailleurs, la méditation solitaire, en donnant de la profondeur aux esprits d'élite, risque de les éloigner du commerce des hommes et de la réalité. Ici, les idées se confrontent en public, fines et subtiles, mais précises et claires... Sous des cieux moins favorisés, le beau langage est une plante forcée en serre chaude à l'usage des classes instruites ; dans des climats plus rébarbatifs encore, la politesse même n'est plus qu'une plante artificielle, réservée aux cours princières ; dans la Grèce antique, ce sont fleurs de pleine terre et qui poussent partout. Le contact permanent des hommes, une existence toujours en vue, tout cela ne fait que renforcer le puissant individualisme sur quoi se fonde la cité... Elle (la Grèce) doit à la douceur de son climat cet autre bienfait : le sentiment du beau.

« ...Sous ce grand soleil qui resplendit dans un ciel sans nuages, les contours se détachent avec une netteté sans défaut. Rien d'estompé, pas de vapeurs qui s'interposent ; des arêtes vives, le paysage coupé à l'emporte-pièce. Les lignes hardies, tranchantes, gardent toute leur précision jusqu'à la limite extrême de la vue. Pas plus que les formes ne se dégradent les couleurs... Pour l'artiste et le poète, pour le philosophe lui-même, l'idéal n'est pas la dégradation du réel se perdant dans l'irréel, la projection du visible sur les ombres du néant ; il rassemble, il condense les réalités ; il est, comme elles, précis et net. La perfection peut se confondre avec l'infini dans les pays nébuleux ; dans les pays de lumière, l'infini, c'est l'inachevé, et le parfait, c'est le fini. »

Ces pages que nous avons cru devoir reproduire dans des amples citations, prouvent comment les historiens et les géographes modernes expriment, après une étude approfondie des conditions physiques du pays, la même théorie qui a été entrevue sous la forme, moins de constatation basée sur l'observation sociologique, que de postulat nécessaire dicté par l'in-

tuition des hommes comme Hérodote, Hippocrate, Mancini. Le pays forme donc, en influençant dans le cours des temps une génération après l'autre, des hommes attachés à son sol, des individus aux traits caractéristiques particuliers et propres à ces *οἱοὶ τῆς γῆς*, nom que les Grecs attribuent surtout aux populations autochtones. — Le pays détermine aussi la forme des groupements humains, — son morcellement physique a pour conséquence un morcellement politique, — les conditions de climat permettent la vie au grand air, — la vie sociale intense basée sur les contacts quotidiens et multiples dans la rue, au théâtre, à l'agora ; or, la vie sociale influe à son tour puissamment sur l'individu. — La Société qui se forme spécifique sous l'influence des conditions du pays où elle fonctionne qui influent directement sur la vie des individus et qui en reçoivent un caractère propre, — la société exerçant à son tour sa propre influence sur les individus, doit les diversifier d'autant plus les uns des autres, selon le groupe auquel ils appartiennent.

Cette influence que la nature, en déterminant la forme des sociétés humaines, a pu avoir ainsi tant directement que par l'intermédiaire de ces sociétés, sur les individus les composant, nous avons pu l'entrevoir dans cet aperçu des conditions de la vie grecque.

La vue générale se dégageant des travaux de MM. Glotz et Cohen fait un pas en avant considérable tant sur les intuitions de Mancini qui se rapportent en général et d'une manière un peu abstraite à tout peuple et à tout pays quelconque, que sur les observations d'Hérodote concernant un pays et un peuple singuliers l'un et l'autre, sans que toutefois ces singularités une fois constatées et le rapport causal entre les unes et les autres supposé, elles fussent vraiment expliquées par le grand historien grec.

SECTION TROISIÈME

En développant les vues de MM. Glotz et Cohen, on aurait pu essayer de pousser cette étude plus en avant en examinant l'influence des facteurs décrits par ces historiens sur la formation des institutions du droit privé et public grec. Mais une pareille étude aurait été longue, compliquée et conjecturale,

étant donné le caractère fort complexe des sociétés grecques. Elle ne peut pas entrer dans le cadre de cet ouvrage, où on doit se contenter de considérations générales, à condition qu'elles soient étayées par des exemples de détail solidement établis et frappant par leur caractère.

De même que dans le domaine des sciences naturelles, il est bon d'étudier certains phénomènes de la vie animale dans les régions arctiques ou dans les déserts, où la vie fonctionne nécessairement sous des formes plus réduites et dès lors plus susceptibles d'être observées, de même il convient de nous retourner, pour montrer sur un exemple saisissant la liaison entre les institutions juridiques et les conditions de la vie sociale, vers les peuples du désert, vers les peuples sémitiques notamment.

L'excellent livre de Robertson Smith, « Kinship and marriage in early Arabia » qui, bien qu'il date de 1885, a conservé toute sa valeur, nous facilitera cette étude, — quelques rapprochements avec les textes bibliques, dont nous avons eu occasion de nous occuper nous-mêmes, nous permettront de donner plus d'ampleur aux conclusions que nous en tirerons.

Le fait géographique dominant les conditions de la vie dans l'Arabie ancienne, c'est le caractère désertique du pays.

Ce caractère géographique du pays détermine le caractère nomade de la vie de ses habitants qui ont besoin de se déplacer constamment à la recherche de la nourriture végétale pour leurs troupeaux. Mais dans quelles conditions s'accomplissent leurs pérégrinations ? « Les Arabes nomades, dont le genre de vie servait de type, sur lequel toute société arabe était généralement constituée, ne doivent pas être représentés comme rôdant selon leur bon plaisir librement le long de toute la péninsule. Tout groupe ou fédération de groupes avait ses propres pâturages et surtout ses propres puits, — au delà de leurs limites, il ne pouvait guère s'aventurer sans courir le risque immédiat d'une rencontre avec l'ennemi » (1).

(1) Robertson Smith, *o. c.*, p. 36.

« The nomadic Arabs, whose way of life supplied the type on which all Arabian society was mainly moulded, are not to be thought of as roaming quite at large through the length and breadth of the peninsula. Each group or confederation of groups had its own pastures, and still more its own waters, beyond which it could not move without immediate risk with a hostile encounter ».

Or, un groupe présentait un genre d'unité politique et sociale du nom de Haya, pour autant certes qu'on puisse parler d'unité quelconque dans cet état encore très diffus des sociétés (1).

Cette unité s'imposait toutefois avec une force de nécessité. Quelque grands que soient, chez un Bédouin libre, l'amour de l'indépendance et le désir de se déplacer à son seul gré, la loi de la conservation lui impose la nécessité d'une action conjointe en cas de guerre. « La raison de la destruction des tribus est la violation du devoir du sang » (2). C'est donc la communauté de sang qui sert de lien, son action d'attraction restant tout de même nécessairement subordonnée aux conditions de vie dans le désert. Quand le groupe devient plus nombreux, il doit nécessairement se diviser en deux ou plusieurs groupes moins importants, parce qu'une horde trop large, se tenant réunie, ne pourrait trouver de moyens de subsistance dans le désert (3). Cette conclusion, à laquelle Robertson Smith arrive par voie de raisonnement et qui est d'une importance capitale dans la matière, est confirmée par un texte précieux de la Bible, qui se trouve dans les passages de la Genèse qui décrivent la vie nomade des anciens Hébreux.

« Abram arriva dans le désert, venant de l'Égypte, — lui-même et sa femme, et tout ce qui lui appartenait, et Lot était avec lui. Et Abraham était très riche en bétail, en argent et en or. Et en arrivant de là il est allé du désert jusqu'à Bethel, jusqu'à l'endroit où s'était plantée avant sa tente... Et Lot, qui s'avancait avec Abram, avait des brebis et des bœufs et des tentes (4) ; et la terre ne les supportait pas d'habi-

(1) Robertson Smith, p. 36.

« The Arab kindred group or Haya, as we know it, was a political and social unity, so far as there was any unity in that very loosely organized state of society ».

(2) Kamil, 170, 7 cité par Robertson Smith, p. 36.

(3) R. S., p. 37 : « When the group became very large, it necessarily broke up into two or more masses, for a large horde cannot find subsistence together in the desert. »

(4) Genèse, XIII.

Ἀνεβη δὲ Ἀβραμ ἐξ Αἰγύπτου αὐτὸς, καὶ ἡ γυνὴ αὐτοῦ, καὶ πάντα τὰ αὐτοῦ, καὶ Λὼτ μετ' αὐτοῦ εἰς τὴν ἔρημον. Ἀβραμ δὲ ἦν πλούσιος σρόδρα κτήνεσι, καὶ ἀργυρίῳ, καὶ χρυσίῳ.

Καὶ ἐπορεύθη ὅθεν ἤλθεν, εἰς τὴν ἔρημον ἕως Βαιθὴλ, ἕως τοῦ τόπου οὗ ἦν ἡ σκηνὴ αὐτοῦ το πρῶτον.... Καὶ Λὼτ τῷ συμπορευομένῳ μετὰ Ἀβραμ ἦν πρόβατα καὶ βόες καὶ σκηναί.

ter ensemble, car leurs biens étaient nombreux et ils ne pouvaient pas habiter ensemble » (1).

Ce texte est parfaitement explicite. Abram et Lot vont en pérégrination dans le désert. Ils sont riches, — leurs biens, troupeaux surtout, sont nombreux et la terre ne peut pas les supporter vivant ensemble, — ses ressources alimentaires, ses pâturages ne peuvent pas suffire à une telle concentration d'hommes et de bêtes.

En effet, la suite du texte nous apprend :

« Et une querelle éclata entre les bergers des troupeaux d'Abram et les bergers des troupeaux de Lot » (2) ; suite toute naturelle de l'exiguïté des ressources du terrain désertique, que cette querelle entre les bergers de deux groupes qui, bien que vivant ensemble, se différencient dans la personne de leurs chefs. Qu'arrivera-t-il en conséquence ?

« Et Abram parla à Lot :

« Qu'il n'y ait pas de querelle entre moi et toi et entre mes bergers et tes bergers, parce que nous sommes des hommes frères » (3).

Le texte hébreu porte *negeb*, traduit par *ἐρήμος* en grec ; la version grecque est exacte, tandis que la traduction française dans la Bible, par exemple, d'après la révision de David Martin, Bruxelles, 1859, qui donne à ce mot le sens de « midi », doit être rejetée. En effet le mot *negeb* ne veut dire midi que dans le sens relatif, en désignant les lieux désertiques situés au sud de la Palestine.

Voyez Gesenius-Buhl, *Hantwörterbuch über das Alte Testament*, 17^e éd. h. v., pp. 481-482.

(1) Καὶ οὐκ ἐχώρει αὐτοὺς ἡ γῆ κατοικεῖν ἅμα οτι ἦν τὰ ὑπάρχοντα αὐτῶν πολλὰ. Καὶ οὐκ ἐδύναντο κατοικεῖν ἅμα.

Le texte hébreu porte :

XIII. *et la nasa 'otam ha ares lasébet yadaw.*

traduit littéralement : « et la terre ne les supportait pas habiter ensemble ».

(2) Καὶ ἐγένετο μάχη ἀνά μέσον τῶν ποιμένων τῶν κτηνῶν τοῦ Ἀβραμ καὶ ἀνά μέσον τῶν ποιμένων τῶν κτηνῶν τοῦ Λωτ.

Le mot grec *μάχη* est peut-être exagéré.

Le texte hébreu porte *rib*, ce qui peut se traduire : querelle.

(3) Genèse XIII, 8. Εἶπε δὲ Ἀβραμ τῷ Λωτ : μὴ ἐστω μάχη ἀνά μέσον ἐμοῦ καὶ σοῦ καὶ ἀνά μέσον τῶν ποιμένων ἐμοῦ καὶ ἀνά μέσον τῶν ποιμένων σου, ὅτι ἀνθρώποι ἀδελφοὶ ἡμεῖς ἐσμέν.

dit le texte hébreu, *anosim ahim*, le terme *ahim* il faut entendre dans le sens parent, car Lot était neveu d'Abram, le fils de son frère (Genèse, XI, 28 et 31).

« Voilà toute la terre, n'est-elle pas devant toi ; sépare-toi de moi ; si tu te diriges à gauche, j'irai à droite, et si tu te diriges à droite, moi j'irai à gauche » (1)...

« Lot accepte l'avis d'Abram... et ils se séparèrent chacun de son frère » (2).

Ce fait d'impossibilité de vivre en grandes masses réunies ensemble est vraiment fondamental. Il détermine le maintien de l'indépendance des groupements des nomades des uns vis-à-vis des autres. L'établissement de tout lien de subordination à l'égard d'un groupement même plus faible, du moment qu'il ne pouvait pas être astreint à vivre dans la dépendance matérielle directe du groupement fort, devenait malaisé. La dispersion nécessaire des groupements de nomades est donc un trait capital de la vie désertique.

Quelles seront les répercussions de cet ordre de choses sur les institutions du droit privé, sur le mariage et la filiation notamment.

Il y a dans le désert entre les groupements nomades nécessairement dispersés, deux catégories de rapports. Les rapports d'hostilité, les rapports d'amitié. Les rapports d'hostilité entre groupes qui sont étrangers les uns aux autres, déterminent les razzias ayant pour but l'enlèvement du bétail et des femmes. Or, les femmes captives devenaient soit les concubines, soit les femmes des hommes qui les ont faites prisonnières. Des exemples de mariage par enlèvement peuvent être accumulés en nombre indéfini dans l'histoire et la tradition (3).

On comprendra dès lors que Aischa dira :

« Mariage n'est autre chose que servitude, de sorte que l'homme qui reçoit sa bien-aimée, doit la considérer comme sa servante » (4).

Robertson Smith fait remarquer que dans les expressions

(1) XIII, 9. Οὐκ ἰδὼν πάντα ἡ γῆ ἐναντίον σου ; διαχώρισθητι ἀπ' ἐμοῦ · εἰ σὺ εἰς ἀριστερά ἐγὼ εἰς δεξιὰ · εἰ δὲ σὺ εἰς δεξιὰ, ἐγὼ εἰς ἀριστερά.

(2) XIII, 11. Καὶ διεχωρίσθησαν ἕκαστος ἀπὸ τοῦ ἀδελφοῦ αὐτοῦ.

(3) Robertson Smith, pp. 73-74 : « Instances of marriage by capture might be accumulated to an indefinite extent from history and tradition. At the time of Mohammed the practice was universal... in old warfare the procuring of captives both male and female was a main object of every expedition. Very communely these captives at once became the wives or mistresses of their captors. »

(4) Robertson Smith, p. 77 : « Marriage is nothing but bondage, so a man should consider who receives his darling (karîma) as his bondservant. »

employées par rapport aux femmes mariées, telles que « nous étions en possession d'un tel » ou « un tel possédait une femme », ou « son tuteur l'a donnée en sa possession », — les mots arabes qui expriment la notion de possession, sont tous dérivés du radical *malak*, ce qui revient à dire posséder comme un mamlûk, c'est-à-dire esclave (1).

Mais il y a des rapports d'amitié aussi. Poursuivons leurs effets en ce qui concerne le mariage. Dans Aghanî (2), dans l'histoire de Hâtim et Mâwiya, on lit : « Les femmes dans Jâhiliya, ou quelques-unes parmi elles, ont le droit de renvoyer leurs maris, et la forme du renvoi est celle-ci, si elles habitaient une tente, elles la retournaient, de sorte que si l'entrée avait été vers l'Est, elle se trouvait du côté de l'Ouest. Quand le mari le voyait, il apprenait qu'il était renvoyé et n'y entraît plus » (3).

Il s'ensuit que la tente appartenait à la femme et que le mari y était reçu ou n'y était pas reçu selon que la femme le voulait ou non. Or, dans cet exemple, il s'agissait d'autre part d'un homme appartenant à une autre tribu que celle de la femme (4). Par conséquent, le mari devait appartenir à une tribu amie pour pouvoir seul venir ainsi habiter parmi les étrangers, ou du moins avoir quitté sa tribu d'origine même ennemie pour ne plus la rejoindre (5).

Ces traits caractéristiques du mariage, *Sadica* = mariage, selon la terminologie de Robertson Smith, se retrouvent aussi dans un récit d'Ammien Marcelin (6). D'après lui, la femme offre au mariage à son mari une lance et une tente. Mais il faut admettre, avec Robertson Smith, qu'Ammien Marcelin y a vu, conformément à la conception romaine, la constitution

(1) R. S., p. 47.

On peut faire remarquer que la racine *malekh* exprime aussi en hébreu l'idée de possession et que le roi, c'est-à-dire celui qui possède, s'appelle *malekh*, mot dérivé de la même racine pour désigner le sujet du droit de possession, tandis que le mot *mamlûk* en désigne l'objet.

(2) XVI, 106, Rob. Smith, p. 65.

(3) The women in the Jâhiliya, or some of them, had the right to dismiss their husbands, and the form of dismissal was this : If she lives in a tent, she turned it round, so that if the door had faced east, it now faced west, and when the man saw this, he knew that he was dismissed and did not enter.

(4) R. Smith, p. 65.

(5) R. Smith, p. 66.

(6) XIV, 4, 4.

de la dot par la femme et sa restitution par le mari à la dissolution du mariage, tandis que le rapprochement avec le texte d'Aghani permet de rendre aux faits observés par Ammien leur vraie signification. La femme reçoit le mari chez elle et lui donne une lance pour qu'il garde en tant que mari et pour le temps qu'il aura cette qualité, ses troupeaux, — le mari rentre ainsi dans les cadres des guerriers de la tribu de la femme, provisoirement du moins.

Des exemples d'union du même genre se rencontrent aussi dans la Bible. Telle est l'histoire de Moïse fuyant la colère de Pharaon (1), qui arrive dans le pays Madiamite et rencontre près du puits, les filles du prêtre Iator venues pour abreuver leurs troupeaux, au moment où les bergers les en chassaient. Moïse prend parti pour les jeunes filles, abreuve leurs troupeaux, devient ensuite hôte de Iator et épouse une de ses filles. Elle donne bientôt jour à un fils et *c'est elle* qui donne le nom de Gersam à l'enfant en souvenir du séjour de Moïse dans la terre étrangère (2). Manifestement, nous sommes ici en présence d'une autre forme de mariage. L'enfant appartient à la mère, car son mari habite auprès de son père à elle, et c'est elle qui lui donne le nom.

Quand Moïse retourne en Égypte auprès de « ses frères », il annonce tout simplement son départ à son beau-père Iator et celui-ci lui souhaite bon voyage (3). Il convient d'en rapprocher *Juges*, 15, 1, où est rapportée la légende des démêlés de Samson avec son beau-père et sa tribu. Il est intéressant de suivre le texte de près. Le temps de la moisson arrive et Samson s'en va voir sa femme. Il vient avec des cadeaux et dit : « Je vais auprès de ma femme dans la chambre à coucher ». Il la considère donc comme sa femme, bien qu'elle n'ait

(1) Ex. 2, 15.

(2) Le mot gersam veut dire en effet étranger et d'après la version grecque c'est la femme qui le donne en exclamant. Παροιχος ειμι ἐν γῆ ἄλλοτρία. Ex. 2, 22.

M. Lods, *Israël*, p. 219, cite aussi dans cet ordre d'idées *Juges*, VIII, 31, où il s'agit d'une liaison de Gédéon, qu'il convient tout de même d'envisager sous un aspect différent. En effet si la femme habite Sichem, elle est appelée, dans le texte pilag'so, sa concubine, et dans la version grecque *πολλακίς*, et d'autre part c'est Gédéon qui donne lui-même le nom à l'enfant.

(3) Ex., 4, 18.

pas habité avec lui. Mais le père de la femme ne le laisse pas pénétrer chez elle. La femme vit donc sous la puissance de son père qui subsiste malgré le mariage. Le père déclare que puisque Samson n'aime pas sa femme, il l'a donnée à un de ses compagnons, mais qu'il lui propose sa sœur qui est plus jeune et plus belle.

Le père parle en maître, le texte hébreu est caractéristique — « et le père de la femme parla (1) pour dire Je pensais que... » Il dispose de ses filles, il contracte et dissout leur mariage à son gré, parce que les filles habitant chez lui même après leur mariage, restent sous sa puissance. Telle est cette autre forme de mariage qui, déterminée par la même condition de la vie désertique, prend un caractère tout opposé au *baal-mariage* (le mot *baal* voulant dire maître et se référant au mari) pour cette raison que le désert détermine des relations différentes suivant qu'elles se trouvent entre des tribus amies ou ennemies.

C'est comme expression de cette seconde forme de mariage qu'il faut aussi entendre, nous le croyons, le texte célèbre de la *Genèse* (2, 24) : « L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme » (2).

Le mari vient habiter dans la tribu de sa femme ; il ne se borne pas à venir la voir de temps à autre comme Samson, mais s'installe dans sa tribu, comme l'avait fait par exemple Jacob, qui est allé se marier chez Laban et est resté pendant de longues années auprès de son beau-père (3), avant que ne soit venu le moment de se séparer, pour la même raison d'impossibilité d'habitation indivise dans le même endroit, la tribu étant devenue trop nombreuse.

SECTION QUATRIÈME

Il est indifférent que ces pensées critiques, qui nous permettent d'entrevoir la liaison entre les formes des institutions de la vie publique et privée des peuples et les conditions dans lesquelles vivent les groupements humains, ne soient pas du

(1) *Juges*, 15, 2.

(2) Καταλείψει ἄνθρωπος τὸν πατέρα αὐτοῦ καὶ τὴν μητέρα αὐτοῦ καὶ προσκολληθήσεται τῇ γυναικὶ αὐτοῦ.

(3) Il faut remarquer que c'est Lia qui donne le nom au fils aîné de Jacob *Genèse*, 29, 32, ainsi qu'à ses frères.

nombre des idées courantes chez les populations humaines qui subissent l'influence des facteurs sociaux, sans se rendre compte ni de leur portée exacte, ni de leur genèse. Ce qui importe, c'est que les mœurs ainsi inconsciemment formées obtiennent une force considérable. Il y a certaines choses lesquelles, sans qu'on se mette même à discuter, si elles sont bonnes ou mauvaises, paraissent tout simplement comme inconcevables, impossibles, s'imposent avec une force irrésistible. Nous apercevons une illustration frappante de cette pensée dans une remarque formulée par un observateur, Munziger, dans son ouvrage sur les mœurs et le droit des Bayos (Abyssinie) (1).

« Il y a lieu », dit-il, « de distinguer entre les actes qui sont punissables, parce que leur auteur a violé une coutume, une loi écrite ou non, et d'autres qui soulèvent la réprobation et l'indignation les plus vives, non pas parce qu'ils sont défendus par une coutume ou une loi, mais parce qu'une chose pareille « ne se fait pas » ; elle est anormale, inouïe, inconcevable. Les actes de ce genre sont appelés *seré*. Par exemple, une femme tromperait plutôt son mari, que de prononcer tout haut son nom. Le tromper serait sans doute une grande faute (*Sünde*) ; mais prononcer son nom tout haut est *seré*, c'est-à-dire quelque chose d'inouï... « Jamais une personne du sexe féminin n'osera trahir. Jamais un homme ne verra le visage de sa belle-mère,... etc... Les usages de cette sorte sont *seré*, c'est-à-dire chacun en regarderait la violation comme le plus grand des crimes, comme portant malheur. »

Si Hérodote avait poussé jusqu'à l'Abyssinie, il aurait pu constater qu'il y a plus d'Égyptiens au monde qu'il ne l'avait cru.

Qu'un exemple tiré de l'expérience personnelle nous soit permis. Quand je suis arrivé en France il y a quinze ans déjà, j'ai entendu des amis converser au sujet des effets de la communauté légale dans le cas de l'abandon par la femme, pressée par les sévices du mari, du domicile conjugal, et je fus extrêmement surpris. Je fus extrêmement surpris d'apprendre que les meubles qui appartenaient avant le mariage à la femme, étaient tombés dans la communauté et que le mari en ayant l'administration, pouvait se comporter à leur égard comme le

(1) Cité par M. Lévy-Brühl. *Le Surnaturel et la Nature dans la Mentalité primitive*, p. 232.

vrai propriétaire. Mon étonnement fut grand. Mais quelle était la raison du sentiment que j'éprouvais ? Son analyse ne présente aucune difficulté. Je suis venu en France de Russie, j'avais trente-trois ans, ayant été ingénieur et officier de carrière. En l'absence de notions juridiques, je n'avais par conséquent que le sentiment de l'équitable et du licite, basé uniquement sur les mœurs et habitudes de mon pays d'origine. Or, en Russie, le régime de biens entre époux était la séparation de biens. Certes, cette notion juridique m'était inconnue, mais j'exprime par là maintenant ce que je savais de conséquences pécuniaires du mariage par la pratique quotidienne de la vie, — je savais que la femme et le mari ont des biens tant immeubles que meubles propres, que souvent ils ignorent même réciproquement leur fortune, je savais qu'il était même considéré comme correct, surtout dans le monde, qu'au moment des fiançailles, aucune question ne soit posée par le futur au sujet de la dot de la femme. — Partant, le contrat de mariage me paraissait une monstruosité.

Or, devant quelle institution me suis-je trouvé lors de l'entretien auquel je fais allusion ? De la communauté légale, institution coutumière, formée par les mœurs et les habitudes, *diuturno consensu utentium*, comme le disent les Institutes. Par conséquent, c'étaient les mœurs d'un autre pays, c'est-à-dire une création collective et séculaire de son peuple qui heurtaient mes sentiments, basés qu'ils étaient sur la création collective et séculaire d'un peuple différent habitant un pays différent. Enfant de cet autre peuple, portant une empreinte de sa civilisation, qu'aurais-je dit, quel sentiment d'injustice aurais-je éprouvé, si, par aventure, dans cet ordre de questions, j'avais vu m'appliquer à ce moment la loi française, qui me paraissait si surprenante ?

Or, quel autre acte peut être contraire ainsi au respect de la personnalité humaine, que le fait de traiter l'homme d'une manière qui frappe directement son sentiment d'équité ? Dans le plan du conflit de lois la solution s'impose dès lors, — il faut appliquer, comme disent les Anglais, « the proper law », c'est-à-dire la loi la plus appropriée aux données du problème à résoudre, — la loi qui respecte la personnalité humaine. Or, le vrai respect n'est possible que si est respectée la vraie nature de l'homme, être collectif.

Ζῶον κοινὸν καὶ φύσει πολιτικόν.

Ainsi nous apparaîtra maintenant dans toute son excellence cette profonde pensée de la Cour de Milan que nous ne nous lasserons pas de répéter : « La règle inscrite à l'article 6... postule en sa faveur (de l'étranger) une sorte d'extension idéale sur le territoire italien du milieu juridique étranger. »

Qu'il me soit permis de revenir encore un instant sur l'expérience dans le domaine de la psychologie personnelle. Maintenant que j'ai vécu depuis quinze ans en France, que j'ai eu l'occasion d'étudier le droit civil et l'histoire du droit français et d'en pénétrer en quelque mesure l'économie, ses institutions ne me choquent plus, elles ne me paraissent plus comme étrangères et si je peux formuler tel ou tel autre desideratum *de lege ferenda*, je le fais comme tout autre juriste français qui peut souhaiter la réforme des institutions, sans les mésestimer cependant. Mais c'est que le rattachement à un autre groupement humain s'est effectué et d'autres conceptions, sous l'influence de mœurs différentes et de l'usage quotidien, se sont formées. Si dans un pays quelconque on avait voulu m'appliquer la loi de mon pays d'origine, on risquerait de méconnaître ma nature sociale actuelle et me faire ressentir une injustice.

Ces observations introspectives trouvent leur appui dans l'arrêt de la Cour de cassation de Rome du 18 mai 1919 (1). En admettant dans cette affaire par hypothèse le renvoi par la loi canadienne à la loi du domicile, la Cour s'est posée la question à quelle condition devait répondre le domicile pour que le renvoi pût devenir opérant. Or, pour la Cour, ce domicile qui pourrait, le cas échéant, déterminer le renvoi, serait le domicile établi en Italie dans l'intention de quitter le Canada, pays dont le *de cuius* était ressortissant, c'est-à-dire que la Cour était attentive au facteur social, à l'attachement effectif de l'individu à une collectivité déterminée ; — si, d'après la conception du droit italien, cet attachement est retenu en fonction du lien d'allégeance, il s'atténue et s'efface par l'effet de sa rupture et de rattachement effectif et durable à un autre groupement, ne fût-ce que par le fait d'établissement du domicile à l'étranger, préliminaire de naturalisation dans ce nouveau pays.

Le fondement essentiel de l'application de la loi étrangère apparaît donc pour nous comme fermement établi sur l'idée

(1) L. II, §§ 20 et 20 bis.

du respect dû à la personnalité humaine, considérée comme un être social et politique.

La loi bien faite n'est-elle pas en effet celle qui bouleverse le moins les mœurs, mais les exprime, comme l'ont pensé les rédacteurs du Code civil français (1) et comme l'a déclaré la Cour de cassation de Palerme en 1894 (2).

« Les lois doivent être considérées comme d'autant mieux faites qu'elles se conforment le plus exactement aux traditions, aux usages, aux contingences ethnographiques et surtout aux coutumes sur lesquelles repose la base historique et originaire du droit. »

(1) Locré, *Théorie du Code civil*, Exposé général *passim*, notamment t. I, pp. 325 et suiv., p. 272.

(2) L. II, §§ 11 et 11 bis.

CHAPITRE XIII

INFLUENCE DE L'IDÉE DU POUVOIR DE COMMANDEMENT APPARTENANT A UN ÉTAT

Cette idée du respect de la personnalité humaine considérée comme un être collectif qui doit dominer les solutions des conflits de lois, pourra-t-elle se manifester toujours avec la même force ? Sa portée ne sera-t-elle pas dans une certaine mesure réduite par l'action d'un autre facteur, par l'action de l'État et l'exercice de son pouvoir de commandement ?

Car ne perdons pas de vue que nous avons envisagé la personne humaine sous son aspect social, c'est-à-dire soumise aux influences du groupement humain auquel elle se trouve attachée ; nous l'avons considérée prise indépendamment de l'État dont elle ressortit, et jusqu'à présent nous n'avons pas retenu dans nos développements l'aspect de l'État puissance. Nous l'avons considéré seulement comme un groupement qui imprime son empreinte sur l'individu du seul fait de son rattachement à ce groupement et de l'influence des us et mœurs à lui propres et se manifestant au jour le jour. Nous avons envisagé surtout l'homme, — avec tout ce qui est compris en lui de social, toutefois pour autant seulement que ces facteurs sociaux se manifestent dans l'individu, mais pas en dehors de lui. Cependant, l'État a une existence en dehors de l'individu et le moment est venu d'examiner son action (1) sur le plan des conflits de lois.

Son action se présentera sous deux aspects : par rapport aux personnes, par rapport aux biens.

§ 1.

Considérons d'abord l'hypothèse où il s'agira de l'application de la loi au statut personnel des étrangers par le juge italien.

(1) *Ita potest patria disponere circa subditos ; cum eius potestas æquiparatur potestati patris.* — Bartole, sous la loi « *Cunctos Populos* ».

L'article 6 dispose que c'est la loi nationale de l'étranger qui devra s'appliquer.

Si cette loi se propose par conséquent de garder sous son empire les rapports juridiques touchant à ses ressortissants, il convient de lui donner un plein effet, sous la seule réserve de l'ordre public international restrictivement interprété. L'article 6 des dispositions préliminaires, pris à la lettre, est donc parfaitement conforme à cette manière de voir.

Mais envisageons maintenant le cas d'un Anglais, dont le statut personnel entre en jeu devant la justice italienne. La loi anglaise le fait régir par la *lex domicilii*. Nous avons déjà montré qu'à bien considérer les choses, cette règle de droit anglais comprend deux propositions d'une valeur juridique inégale et nous avons conclu que la première, qui se réduit au désir du souverain anglais de circonscrire par les limites de son propre territoire le domaine d'application de sa propre loi, doit s'imposer au juge étranger. Mais *quid* de la seconde proposition, qui faisant toujours régir ces rapports de droit par la *lex domicilii*, mettrait ainsi en jeu la loi étrangère, la loi italienne notamment, à titre de *lex domicilii* ? Cette règle du droit anglais devra-t-elle être acceptée par le juge italien sous ce second aspect également ?

Nous avons jusqu'à présent réservé cette question qu'il convient d'examiner à fond maintenant. Certes, on peut objecter tout d'abord à cette tendance du droit anglais, — que s'il appartient au souverain anglais de confiner l'application de son propre droit à certains rapports juridiques à son propre territoire, — il appartient aussi bien au souverain italien de limiter l'application de son propre droit sur son territoire à certaines personnes.

Mais remarquons tout de suite que cette limitation de l'application du droit italien, dans la matière de statut personnel, aux seuls ressortissants italiens, ne peut pas équivaloir à l'exclusion du bénéfice de ce droit des personnes n'ayant pas la nationalité italienne. Une telle exclusion de principe ne saurait être justifiée que par la théorie de la condition des étrangers, mais cette manière de voir doit être écartée résolument, puisque l'article 3 du Code civil italien dispose :

« Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini », — en consacrant ainsi une longue évolution historique en faveur de la personnalité humaine que nous

avons déjà brièvement retracée dans ses traits généraux (1), disposition qui est conforme à toute l'évolution historique sur ce point du droit italien en particulier (2).

D'ailleurs, la théorie de l'ordre public international, article 12 des dispositions préliminaires, concourt heureusement à établir l'harmonie de cette conception en ce qu'elle substitue impérativement, à une règle du droit étranger normalement applicable, une disposition de la *lex fori*; — c'est-à-dire que loin de vouloir écarter l'étranger de toute communion avec le droit italien, elle en réserve toujours l'application à titre de droit subsidiaire, applicable si besoin en était.

Enfin, le droit italien ne s'appliquerait-il pas comme la *lex domicilii* par rapport au statut personnel des heimatlos, ce qui met particulièrement en relief son rôle de droit subsidiaire ? (3).

Ce n'est donc pas par l'idée d'une exclusion voulue de la participation au droit italien, qu'on pourrait justifier le refus d'application de cette loi à titre de *lex domicilii*.

Mais d'autre part, n'y a-t-il pas de raison positive pour admettre l'application de la loi italienne en dehors des motifs de caractère négatif dans le sens de la démonstration qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'il en soit fait ainsi.

Nous croyons que, dans l'ordre d'idées dans lequel nous raisonnons, et abstraction faite de l'application de la loi italienne, *lex domicilii*, à titre de statut personnel de l'heimatlos civil (4), on en trouve une justification s'attachant au fait du pouvoir de commandement de la loi anglaise sur la personne du citoyen britannique. Le souverain britannique désire que ses ressortissants se soumettent, en ce qui touche leur état et leur capacité, à la loi du milieu dans lequel ils vivent. Dans la mesure où l'effet de ce droit de commandement ne contredit aucun intérêt légitime d'un autre État, — comment ne pas l'admettre, du moment qu'on reconnaît en général les États souverains étrangers sous leurs deux aspects nécessaires, sou-

(1) Chapitre X, §§ 1 et 2.

(2) Chapitre XI.

(3) Voir l'art. 18 du projet du Code civil italien.

Art. 18. Apolidi : « Nel caso in cui secondo le disposizioni che precedono dovrebbe applicarsi la legge nazionale, se una persona non abbia cittadinanza, si applica la legge del domicilio, e, in mancanza quella della residenza. »

(4) *Supra*, chapitre VIII, § 2, pp. 71 et 77.

veraineté personnelle, souveraineté réelle ou territoriale. Car, si l'État britannique retranche de sa communauté civile les Anglais domiciliés à l'étranger, cela ne veut dire nullement qu'il abdique, sous d'autres aspects, son pouvoir de commandement sur ses ressortissants, et notamment sur le point de savoir quelle serait la loi sous le régime de laquelle ceux-ci devront se placer concernant les questions intéressant leur état et leur capacité.

D'ailleurs, ce pouvoir de commandement n'est pas une sorte de phénomène arbitraire de caractère despotique.

Sic volo sic jubeo
Sit pro ratione voluntas.

L'idée de protection par le pouvoir public pénètre les institutions s'attachant aux problèmes d'état et de capacité et n'est point étrangère ainsi à l'idée du respect de la personnalité humaine.

Or, à qui appartient-il de s'en occuper, sinon au pouvoir national de l'étranger ? Qui serait plus compétent et plus intéressé que lui en ce qui concerne l'aménagement rationnel du fonctionnement de la protection ? Et dès lors, du moment que le législateur britannique considérerait que mieux vaut abandonner cette protection à la *lex domicilii*, ou plus précisément qu'elle estime que la protection sera mieux assurée, si elle est réalisée au moyen de l'application par les juges de la *lex domicilii* qui, le plus souvent, coïncide avec la *lex fori*, la loi du domicile déterminant la compétence générale et spéciale du tribunal. Pourquoi serait-on plus royaliste que le roi et pourquoi ne pas laisser la souveraineté la plus intéressée disposer par rapport à cette question selon ses propres vues ?

Ces considérations nous déterminent tout naturellement à ne point distinguer entre l'indication faite par la loi étrangère, la loi britannique notamment, au profit de la loi du domicile, quand elle coïncide avec la *lex fori*, ou d'une loi tierce. Bien que le projet du Code italien, article 19 (1), ait adopté cette dis-

(1) L'article 19 porte : « Quando al termini degli articoli precedenti, si debbe applicare la legge straniera, si applicano le disposizioni della legge stessa senza tener conto del rinvio da esse fatto ad altra legge, salvo che questa sia la legge italiana ».

Le rapport de la Commission, p. 29, indique que sur ce point elle s'est

inction en ce qui concerne le respect des règles de conflit de la loi étrangère dans la matière successorale, nous considérons qu'elle ne peut pas être sérieusement justifiée en dehors des considérations si critiquables développées dans le rapport du Conseiller Denis dans l'affaire Soulié (1).

Et qu'on ne redoute pas l'argument du *circulus inextricabilis* ou celui du *perpetuum mobile*, que nous avons nous-même formulé dans notre jeunesse juridique (2). La considération tirée du pouvoir de commandement écarte toute difficulté, — la loi qui ne jouit pas dans la matière du statut personnel du pouvoir de commandement, ne pourra pas faire respecter un renvoi fait par elle à une autre loi étrangère *lex fori* ou loi tierce quelconque...

§ 2.

Comment se présente le pouvoir de commandement d'un État par rapport aux biens ?

La règle est posée par l'article 7 des dispositions préliminaires : « I beni mobili sono soggetti alla legge delle nazione del proprietario, salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano.

« I beni immobili sono soggetti alle legge del luogo dove suono situati. »

« Les biens meubles sont soumis à la loi de la nationalité du propriétaire, sauf les dispositions contraires de la loi du pays dans lequel ils se trouvent.

inspirée de l'article 27 de la loi d'introduction du Code civil allemand et ajoute une explication qui vraiment ne constitue pas un raisonnement théorique

« Pare opportuna l'eccezione stabilita nella legge tedesca. In tal modo si evita l'inconveniente, veramente grave, coi l'applicazione rigida della regola darebbe luogo, che, cioè dato, ad esempio, il caso che debba applicarsi à uno straniero domiciliato in Italia, il suo diritto nazionale, mentre secondo la legge del suo paese dovrebbe applicarsi la legge del domicilio, si verrebbe a questa strana conclusione che par l'identico rapporto, mentre il giudica del suo passe gli applicherebbe il diritto italiano, il giudice italiano gli dovrebbe applicare il diritto straniero ! ».

(1) *Supra*, p. 86.

(2) *Clunet*, 1928, pp. 315 et s.

« Les biens immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés. »

Ce texte suffit à lui-même. Il ne demande point à être commenté. Il reconnaît l'application de la *lex rei sitæ* par rapport au bien considéré comme tel, de la loi exerçant sur eux le pouvoir de commandement, — il reconnaît de plus qu'il appartient à cette loi, si telle est sa volonté, de ne pas être appliquée, c'est-à-dire de restreindre son action dans les limites de son pouvoir.

Mais le problème se présentera-t-il sous un aspect sensiblement différent, s'agissant du droit successoral impliquant surtout en droit italien, tant la considération des personnes, que celle des biens.

S'agissant de nouveau de la loi britannique que nous prendrons à titre d'exemple, y aurait-il des objections plus fortes que celles qu'on pourrait invoquer contre la volonté de cette loi de ne pas s'appliquer en dehors de son territoire, d'une part, et de mettre en mouvement la *lex domicilii*, la loi italienne, d'autre part, que dans les hypothèses où il s'agissait du statut personnel. Nous ne le croyons pas. Les situations nous paraissent tout à fait identiques.

Les règles de conflit de la loi britannique nous paraissent devoir être respectées par les tribunaux italiens, — et ceci sans distinguer entre les hypothèses où elles renverraient à la *lex domicilii*, coïncidant avec la *lex fori*, ou à une loi tierce (1).

Mais c'est ici qu'il convient d'insister sur l'application du même principe, quand il s'agit de la volonté du législateur de faire respecter les règles par lui édictées. L'article 11, § 2 du projet du Code civil italien prévoit l'hypothèse où dans le règlement, devant une juridiction italienne, d'une succession comprenant des biens dispersés dans divers pays, le juge italien devrait effectuer le partage des biens se trouvant en Italie de façon à faire respecter le plus possible la loi nationale du *de cuius* ; les héritiers lésés pourront être admis à exercer des prélèvements ou recevoir des attributions plus fortes, pour les remplir des droits que leur accorde cette loi (2).

(1) Voir dans ce sens Audinet, *Clunet*, 1933, p. 352 ; mais *contra* Fedozzi, *Revista italiana di diritto internaz. privato*, fasc. 1, juillet-août 1931.

(2) Art. 11, § 2 du projet du Code civil.

« Se per disposizione della legge del luogo ove sono situati i beni,

Sur le fondement des principes que nous avons dégagés, comment se présente cette disposition du projet ?

Qu'il s'agisse des biens appartenant à la succession et se trouvant à l'étranger. Sur les biens, sans doute, nous nous sommes déjà longuement expliqués sur ce point (1), le législateur italien n'a aucun pouvoir, ni de législation, ni de juridiction. En principe, à leur égard, il doit accepter les dispositions de la *lex rei sitæ*, ayant seule qualité juridique de loi à leur égard.

Mais nous admettons que, dans le cas où les héritiers sont Italiens, en exerçant à leur égard le pouvoir de commandement personnel, le législateur italien pourra donner mission à ses juges d'opérer autant que faire se pourra une péréquation, voire exercer des mesures de contrainte à déterminer par sa législation interne uniquement (2).

La même attitude est-elle possible à l'égard des héritiers étrangers ? Non certes, car sur leur personne le pouvoir de commandement du législateur italien ne saurait s'exercer légitimement.

Tel nous apparaît le jeu des principes combinés du respect dû à la personne humaine considérée comme un être collectif et du pouvoir de commandement que chaque État peut légitimement exercer à l'égard de ses ressortissants et des biens situés sur son territoire.

Nous pouvons maintenant condenser nos conclusions par rapport au sens des règles essentielles du statut personnel et du statut réel du droit international privé italien, dans les propositions suivantes :

1° La règle de droit international privé italien visant le statut personnel, article 6 :

a) par rapport à ses nationaux, exprime à la fois le respect dû à la personnalité humaine comme être collectif en les soumettant à la loi nationale, et exerce à leur égard un pouvoir de commandement ;

b) par rapport aux étrangers, admet en principe l'application

non sia possibile, in tutto o in parte, l'applicazione della legge nazionale del defunto, il giudice regola la divisione in modo da attuare questa legge più che sia possibile, anche mediante prelevamenti o attribuzioni ».

(1) *Supra*, ch. VII.

(2) *Supra*, pp. 16 et s.

de leur loi nationale interne en vertu de la même idée du respect dû à la personne humaine considérée comme un être collectif, mais reconnaît à la loi étrangère le pouvoir de commandement sur ses ressortissants, exercé au moyen de ses règles de droit international privé ;

c) elle reconnaît le pouvoir de tout législateur sur l'étendue de l'ensemble de sa législation à déterminer dans les limites de sa souveraineté.

2° La règle de droit international privé italien visant le statut réel, article 7, reconnaît sur un pied de parfaite égalité le pouvoir de commandement de tout État sur les biens situés sur son territoire, y compris la faculté d'auto-limitation.

3° La règle du droit international privé italien visant les successions, article 8, étant donné que cette matière intéresse à la fois les personnes et les biens :

a) par rapport à ses nationaux, exprime à la fois le respect dû à la personnalité humaine comme un être collectif par application de la loi nationale et exerce à leur égard un pouvoir de commandement pouvant porter sur leurs biens se trouvant sur le territoire italien, au moyen d'une péréquation au besoin, si celle-ci était possible à faire ;

b) par rapport aux étrangers, exprime le respect dû à la personnalité humaine en appliquant leur loi nationale d'abord, mais reconnaît à leur loi nationale le pouvoir de commandement par rapport à ses ressortissants, exprimé par ses règles de conflits, tout en s'abstenant par le désir d'auto-limitation de l'exercice sur les biens appartenant aux étrangers et se trouvant en Italie de toute autre action que celle indiquée par la loi étrangère.

Nous avons ainsi formulé ces propositions définitives par rapport aux statuts fondamentaux du droit international privé.

Nous croyons pouvoir les étendre à l'égard des autres catégories du droit international privé. En conséquence :

4° Le statut de police et de sûreté qu'il convient de distinguer d'ailleurs de l'application des règles d'ordre public international (1), exprime la même idée de la reconnaissance du pouvoir de commandement de l'État sur son territoire que celle qui inspire l'application de la *lex rei sitæ*.

(1) Voir notre étude au *Clunet*, 1933, p. 462, sur la Pension alimentaire.

5° Au contraire, le statut d'autonomie repose sur l'idée du respect dû à la personnalité humaine qui pourra s'agréger en ce qui concerne le rapport obligatoire à contracter à telle collectivité humaine qu'il lui plaît ou, faute de ce droit, sera réputée agrégée à une collectivité déterminée, afin que la loi de cette collectivité serve d'appui à sa volonté de créer des rapports de droit (1).

Indifféremment, tant pour les Italiens que pour les étrangers, la validité du choix de cette loi étrangère dépendra de la volonté de cette loi d'admettre pareille mise en mouvement par la volonté des particuliers.

6° Exactement de même par respect à la personnalité humaine sera admise son agrégation à une collectivité humaine déterminée en vertu de la règle *locus regit actum*. Indifféremment tant pour les Italiens que pour les étrangers, la validité de l'appel à cette loi étrangère dépendra de la volonté de cette loi d'admettre sa mise en fonction par la volonté des particuliers.

*

* *

Il s'agira maintenant, en revenant à la jurisprudence, d'examiner dans quelle mesure les arrêts répondent, ne fût-ce qu'instinctivement, à ces pensées.

(1) Voir nos études au *Clunet* sur l'Interprétation des Traités Internationaux, 1933, p. 1008 et 1934, p. 403.

CHAPITRE XIV

RECHERCHE DANS LA JURISPRUDENCE DE L'EXPRESSION DES DEUX IDÉES FONDAMENTALES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, RES- PECT DU A LA PERSONNE HUMAINE CONSIDÉRÉE COMME UN ÊTRE COLLECTIF ET RECONNAISSANCE DU POUVOIR DE COMMANDEMENT DES ÉTATS DANS LES LIMITES DE LEUR SOUVERAINÉTÉ

C'est déjà dans les débats judiciaires engagés devant le Sénat Milanais au XVII^e siècle (1), que l'idée de commandement a servi de base à l'argumentation du demandeur en pétition d'hérédité en vertu d'un testament fait à Bruxelles conformément aux règles de forme du pays et concernant des immeubles milanais.

Il faisait valoir en sa faveur la règle *locus regit actum*. Mais les défenseurs faisaient remarquer que l'Édit Perpétuel des Archiducs Albert et Isabelle dans son article 13 renvoyait, en ce qui concerne la forme des testaments intéressant les biens sis à l'étranger, à la coutume du lieu de leur situation.

Il semble qu'une interprétation authentique de l'Édit fut ordonnée par le Sénat Milanais, en tout cas elle fut sollicitée par le demandeur, — ce qui permet de penser qu'il a paru naturel au Sénat qu'il convenait de prendre en considération les règles de droit international privé de la loi à laquelle appartenait, selon la règle *locus regit actum*, le pouvoir sur la forme d'un acte, alors surtout que cette règle était destinée à reconnaître le pouvoir de commandement de l'État où les biens visés par l'acte étaient situés.

Mais en passant à la jurisprudence moderne, c'est dans l'arrêt de la Cour de cassation de Turin du 22 décembre 1870 (2) que se trouve la première expression de ces idées...

Elles se manifestent dans la qualification du principe de

(1) L. II, §§ 1, 1 *bis*, *supra*, p. 152, proposition 6.

(2) L. II, §§ 3, 3 *bis*, *supra*, p. 151, proposition 3, b.

l'article 8, de libéral et de généreux, et dans cet attendu : « qu'il est libre au législateur italien d'accueillir la loi de l'étranger, mais prétendre la lui imposer est une proposition qu'il suffit de formuler, pour la rejeter immédiatement », — manifestation encore insuffisamment claire sans doute, car la Cour ne développe pas les motifs de sa manière de voir, juste cependant parce que sous-entendant l'application de la loi étrangère par respect de l'étranger et de ses attaches sociales avec sa loi, et reconnaissant d'autre part que cette loi ne saurait lui être imposée, dans le cas, — il faut le croire, — où la souveraineté étrangère s'opposerait en vertu de son pouvoir de commandement à son extension à l'étranger. Mais s'agissant dans cette affaire de la dévolution d'une succession, s'agissant par conséquent de biens et non plus exclusivement de personnes, l'idée du pouvoir de commandement va prendre une place plus grande encore.

Il faut, selon la Cour, appliquer la *lex rei sitæ*, quelles que soient à cet égard les règles de la loi italienne. A l'endroit de ces biens situés à l'étranger, le souverain italien n'a pu édicter aucune loi faute de pouvoir de commandement. Il a pu à la rigueur inviter l'étranger à adopter sa propre manière de voir, il n'a ni le droit, ni le pouvoir de l'imposer. Dès lors, l'office du juge italien appelé à statuer dans l'espèce dérive de cette situation juridique. Appelé à prendre des décisions et non point à faire de vaines déclamations, il ne doit pas prononcer une sentence, alors qu'il sait d'avance que sa teneur la rendra inexécutable à l'étranger. Ce sont les magistrats de ce pays étranger, détenant par la délégation du législateur le pouvoir de commandement, qui pourront décider, s'il convient ou non, dans l'état du droit de leur pays, d'admettre la loi italienne à régir la dévolution des biens, puisque la loi italienne consent elle-même à sa propre extension à cet effet, — mais cette question ne peut pas être résolue à l'endroit de la loi italienne par les juges italiens.

La Cour de cassation de Turin a confirmé sa manière de voir dans l'arrêt du 17 juin 1874 (1). La disposition de l'article 8, disposition libérale, ne saurait être imposée quant aux biens situés à l'étranger où le droit successoral a été envisagé comme un droit exclusivement territorial, et que dans ces conditions

(1) L. II, §§ 5, 5 *bis*, *supra*, p. 151, proposition 2.

il convenait de « s'abstenir de faire une application quelconque du principe de l'article 8 du Code civil italien ».

La Cour de Bologne, dans son arrêt du 5 janvier 1875 (1), s'est ralliée à la thèse de la Cour de cassation de Turin en précisant que l'application de l'article 8 aux biens dépendant de la succession et se trouvant dans les États pontificaux, équivaldrait à la lésion de la souveraineté étrangère. En quoi aurait pu se manifester cette lésion, sinon dans l'offense du pouvoir légitime de commandement appartenant au souverain étranger sur les biens situés sur son territoire ?

*
* *

C'est à la jurisprudence de la Cour de Milan qu'on doit un apport d'idées importantes intéressant cette matière.

L'arrêt du 1^{er} juillet 1872 (2), appelé à statuer sur l'interdiction d'un Français domicilié en Italie, a répondu au déclinaire de compétence, en affirmant celle-ci. Il s'est fondé d'abord sur la règle du Code de procédure civile italienne, article 836, indiquant le tribunal du domicile de la personne, dont l'interdiction est demandée, comme compétent dans la matière ; il s'est basé ensuite sur la disposition conforme de la loi française et son interprétation jurisprudentielle en France.

D'une manière plus nette encore, en abordant la question de la loi applicable, la Cour de Milan, après avoir tout naturellement invoqué l'article 6 des dispositions préliminaires, a indiqué que de ce fait il n'y aura aucune dérogation au statut personnel des Français, assuré par l'article 3 du Code civil français.

La Cour de Milan tient donc à bien mettre en relief qu'en définitive l'intervention du tribunal italien du lieu de domicile de l'étranger ne constitue, ni au point de vue de sa compétence, ni au point de vue de mesures exceptionnelles à prendre à son égard, aucune violation de sa loi nationale, non seulement au point de vue de ses dispositions internes, ce qui est l'expression du respect dû à la personnalité humaine considérée comme un être collectif, mais par rapport à ces dispositions de

(1) L. II, §§ 6, 6 *bis*, p. 151, *supra*, proposition 2.

(2) L. II, §§ 4, 4 *bis*, p. 151, *supra*, proposition 1, b.

droit international privé qui imposent une règle à observer même à l'étranger en vertu du pouvoir de commandement appartenant à son État national (1).

Ces deux principes ont inspiré aussi l'arrêt de la même Cour du 20 avril 1894 (2).

Il s'agissait, dans la difficulté soumise à la Cour, de la question de la loi applicable à un pacte dotal conclu à l'occasion du mariage d'un français avec une autrichienne.

La première idée fondamentale sur laquelle reposent les bases de solution des conflits de lois, le respect de la personnalité humaine, tient dans l'arrêt de la Cour de Milan une place de premier plan, la Cour rattachant l'application de la loi autrichienne à la volonté présumée de la femme en faveur de laquelle sont constituées les garanties dotales devant lui assurer de la façon la plus efficace possible la restitution de la dot.

Le respect de la personnalité humaine se manifeste dans le respect de la liberté de l'individu de s'attacher dans le domaine contractuel à tel groupement collectif, dont la règle lui conviendrait le plus, et dans la préférence qui est donnée ainsi à la présomption que cette volonté rechercherait la loi dont les dispositions seraient le plus connues à l'intéressée et dont elle pourrait ainsi le mieux mesurer la portée.

Mais reste à savoir, si le pouvoir de commandement des États intéressés ne s'oppose pas à l'exercice de l'autonomie de la volonté des particuliers.

C'est dans cet ordre d'idées que la Cour déclare qu'il appartient aux États, dont ressortissent les particuliers, de les protéger, tant dans les limites de leur territoire, qu'en dehors, et d'émettre à ce sujet des dispositions qui doivent être respectées. Ainsi la loi autrichienne, l'acte de constitution de dot ayant été fait en Autriche, intervient à double égard ; — comme la loi à laquelle les parties se sont référées (3), comme la loi personnelle par laquelle se manifeste le pouvoir de commandement sur la personne de l'étrangère autrichienne au moment de la conclusion du pacte dotal (4).

Mais la loi française, loi personnelle de l'autre époux, n'est

(1) Conf. p. 151, 1^{re} proposition, *b*.

(2) L. II, §§ 8, 8 *bis*.

(3) Voir p. 152, proposition 4.

(4) *Supra*, p. 151, proposition 1, *b*.

nullement mise hors de cause par cette attribution du pouvoir de commandement à la loi autrichienne. La Cour recherche la manière de voir de la loi française dans le domaine du droit international privé et constate avec satisfaction que la disposition de la loi française concernant le droit devant régir les Français se trouvant à l'étranger, ne met aucun obstacle à l'application dans l'espèce de la loi autrichienne.

Ces deux idées fondamentales se présentent dans un ensemble particulièrement harmonieux dans le dernier arrêt de la même Cour du 15 juin 1899 (1).

La première idée trouve une expression remarquablement heureuse dans les termes que voici :

« L'Instituto accolto dall'articolo 6 citato induce *al concetto di una ideale continuità in Italia dell'ambiente giuridico della straniero a favor suo.* »

Qu'est-ce à dire, sinon que par respect de la personnalité humaine en ce qui concerne les questions de son état et de sa capacité, est étendu d'une manière spirituelle son milieu juridique national, ou en d'autres termes, que l'homme étant considéré comme nécessairement imprégné par l'influence de son milieu national, les règles de droit qui en sont une des puissantes manifestations, seront considérées comme étant en vigueur même au delà des limites de la souveraineté qui les a édictées, et ceci par faveur à l'individu dont elles constituent le milieu juridique accoutumé et à lui propre. — « Vous vous sentirez ainsi chez nous comme chez vous, parce que vous trouverez ainsi chez nous ce milieu auquel vous appartenez et auquel vous êtes tout naturellement adapté, — vous vous sentirez ainsi à votre aise dans la tâche du maintien de vos intérêts, — et toute solution qui interviendra, vous paraîtra, fondée qu'elle sera sur les règles de votre propre loi, d'autant plus juste et raisonnable. »

Voilà en termes familiers, faisant appel aux sentiments élémentaires d'un individu et de sa conception de la justice, comment se présenterait cette pensée fondamentale du droit international privé, si élégamment formulée par la Cour de Milan.

Mais elle se rallie heureusement à celle de la reconnaissance du pouvoir de commandement des États dont ressortissent les individus.

(1) L. II, §§ 16, 16 bis, p. 151, proposition 1, b, c.

Dans l'espèce qui a été soumise à cette occasion à la Cour de Milan, il s'agissait du divorce des citoyens hongrois. La loi hongroise admet-elle le divorce, c'est la première question que s'est posée la Cour. Ayant été satisfaite sur ce point, elle examine dans quelles conditions pourrait s'opérer sur ce point le transfert idéal du milieu juridique de l'étranger en Italie, — c'est-à-dire les conditions de l'application à ces citoyens hongrois des dispositions de leur loi nationale visant le divorce.

Or, dans cet ordre d'idées, la Cour a dû considérer tout d'abord le § 114 de la loi hongroise, d'après lequel l'instance de divorce entre les citoyens hongrois est réservée à la connaissance exclusive des tribunaux nationaux. « D'où il suit », conclut la Cour, « que les autorités italiennes, à cause d'une indication expresse, ne peuvent pas se prononcer sur les rapports touchant à l'état, à la famille des citoyens hongrois, parce que la loi de la nation hongroise ne consent pas à ce que, sous cet aspect, soit transporté d'une façon idéale en Italie le milieu juridique propre à ses ressortissants. » Voici encore une pensée juridique combien exacte et combien excellente dans son expression ! En principe, par respect à la personnalité humaine et à son profit, ce milieu juridique propre à l'étranger devrait être transporté d'une manière idéale en Italie, — mais est-ce possible, étant donné la disposition prohibitive de l'article 114 de la loi hongroise ? Ce milieu juridique propre à l'individu est-il un accessoire inséparable de l'individu seul, parce que constituant l'émanation propre de sa personnalité ? Certes non. L'individu participe certainement à la constitution de son milieu juridique, mais il n'en est qu'un des facteurs infinitésimaux, — car ce milieu a essentiellement un caractère collectif et c'est la collectivité qui, par ses organes, — tel l'État dans sa fonction législative, — a la faculté de déterminer les limites de son extension, et plus spécialement restreindre souverainement son action au seul territoire national...

Pour cette raison, la disposition restrictive du § 114 du Code hongrois fut considérée par la Cour de Milan comme s'imposant à elle. La Cour a justement déterminé l'économie du jeu respectif des deux principes fondamentaux du droit international privé :

- 1) Respect dû à la personnalité humaine.
- 2) Reconnaissance du pouvoir de commandement de l'État national par rapport à ses ressortissants.

3) Reconnaissance du pouvoir de l'État sur sa propre législation.

*
* *

Nous arrivons maintenant au grand arrêt de la Cour de cassation de Palerme, du 24 août 1894 (1). Nous y retrouvons les deux grandes idées sur lesquelles repose l'application de la loi étrangère en droit international privé. En faisant allusion à l'article 8 des dispositions préliminaires, la Cour présente un bref historique du développement juridique dans cette matière, en indiquant que le législateur italien s'est trouvé « en face d'un antique système d'après lequel les étrangers étaient exclus de toute participation au droit et étaient considérés comme des ennemis » « *adversus hostem æterna auctoritas esto* ». Le système fut d'ailleurs tempéré par des principes de réciprocité et de commune utilité, mais ce tempérament ne suffisait plus pour répondre aux exigences des temps nouveaux, dans lesquels a prévalu le principe que l'homme doit être admis à la participation au droit privé en tant qu'homme. Par conséquent, la souveraineté italienne a admis les étrangers non seulement à la jouissance des droits civils attribués aux étrangers, mais a voulu que ceux-ci, dans certains rapports juridiques, puissent aussi invoquer les lois de leur patrie... »

La Cour de Palerme formule ainsi une vue juste du développement d'un des principes fondamentaux du droit international privé moderne, le respect dû à la personnalité humaine qui, par rapport à l'étranger, améliore d'abord sa condition, pour aboutir finalement à la reconnaissance de son caractère d'être social et collectif, — une vue d'autant plus juste d'ailleurs, qu'elle la présente non pas comme une manière de voir philosophique, issue des hasards de réflexions individuelles, et, partant, susceptibles d'engendrer des discussions quant à son exactitude, mais comme conséquence d'une lente évolution historique des idées des peuples au cours de deux mille ans. Cette vue, comme nous avons cherché à le démontrer, correspond d'ailleurs entièrement à la réalité historique (2).

(1) L. II, §§ 11, 11 *bis*, *supra*, p. 151, proposition 1, b et 2.

(2) *Supra*, ch. X et XI.

L'idée du pouvoir de commandement est à son tour apparue à la Cour de Palerme et elle l'a mise tout particulièrement en relief par rapport aux biens. « ...Ce fut une erreur extrêmement grave que celle de la Cour d'appel d'avoir décidé que les substitutions fidéicommissaires de la famille Sceberras concernant les immeubles situés sur le territoire étranger, auraient été abolies et éteintes *ope legis* avec la promulgation du nouveau Code italien, car elle ne le fait que pour les fidéicommiss qui ont existé dans le Royaume en vertu de la législation antérieure, mais non à l'égard de ceux qui, en appartenant à des citoyens italiens, existaient sur le territoire étranger soumis à une autre souveraineté, qui elle aussi est autonome et indépendante... »

« Attendu qu'un droit quel qu'il soit, pour être considéré comme tel, doit être susceptible de recevoir une réalisation (*una attuazione*) (1) *par rapport à l'objet auquel ce droit se réfère.* »

« Qu'on suppose, portée à l'étranger, une décision des magistrats italiens qui attribue aux Italiens une partie des biens, comme si ces biens étaient libres, mais qui, en réalité, sont frappés d'une substitution fidéicommissaire à l'étranger, qu'advierait-il ? La décision serait inexécutable sur le territoire étranger, *là où se trouvent les biens* auxquels n'auront droit que ceux qui y seront appelés dans les termes mêmes de l'institution de ce fidéicommiss ; *dans ces conditions*, la décision italienne serait réduite à une *simple déclaration* académique dépourvue en même temps de valeur juridique et pratique. »

Et plus loin encore, « parce que la souveraineté italienne ne peut imposer sa loi aux autres souverainetés aussi autonomes et indépendantes, et ayant aussi leurs propres lois territoriales... »

« Ce serait heurter le principe du droit public et du droit international privé que de supposer que la souveraineté italienne, tout en se conformant pour sa part aux progrès de la science du droit international privé, aurait établi des lois con-

(1) Qu'on remarque bien que c'est le même terme « *il gludice regola la divisione in modo da attuare questa legge piu il che sia possibile* », relevant l'identité de la pensée de fond qui figure dans le texte de l'article 11, § 2 des dispositions préliminaires du Projet du Code civil Italien.

cernant la façon dont les autres souverainetés auraient dû respecter sa loi par rapport aux citoyens italiens. »

Ces idées générales amènent la Cour de cassation de Palerme à donner une interprétation réaliste fondée sur la considération du pouvoir de commandement à l'article 8 des dispositions préliminaires.

« Si le législateur permet que dans les successions légitimes et testamentaires de l'étranger, soit quant à l'ordre successoral, soit quant à l'étendue des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, soit appliquée la loi nationale de l'étranger, il n'a pas compris, il ne pouvait même pas comprendre, dans cette partie finale, que les biens situés sur le territoire national de l'étranger, à quelle loi seraient d'ailleurs soumis aussi ceux situés sur le territoire italien, pour lesquels le législateur lui-même a admis une exception expresse par le mot *pero*, par dérogation à la disposition de l'article 7, en vertu de laquelle les biens auraient autrement été soumis à *la loi rei sitæ* ; mais n'y sont pas compris à coup sûr les biens que l'étranger aurait laissés dans divers territoires dépendants d'autres souverainetés, qui ne seraient ni le territoire national de l'étranger, ni le territoire italien, territoires sur lesquels n'a pas de commandement et ne peut pas l'avoir la loi nationale de celui de l'hérédité de qui il s'agit. »

« ...Si, par conséquent, la pensée du législateur italien est celle-ci, que doit s'appliquer la loi nationale de l'étranger, — il a voulu l'appliquer pour tous les biens pour lesquels elle est *possible* (1)..., d'où la conséquence que les lieux dans lesquels une telle application est possible, ne peuvent pas être autres que le territoire national de l'étranger et le territoire italien en vertu de ladite exception de l'article 7 des dispositions préliminaires. »

Ce raisonnement, inspiré certes de sentiments réalistes, est fort intéressant, mais il ne domine pas suffisamment tous les aspects de ce problème juridique. En supposant tout d'abord, comme le fait la Cour de Palerme, que les biens se trouvent sur le territoire national du *de cujus* étranger, pour que cette loi soit applicable en vertu des dispositions de l'article 8, faut-il encore que les règles de conflit de cette loi fassent, à cette fin,

(1) *Infra*, p. 228.

appel à elle-même. Or, quelles seraient les hypothèses probables de nature à se présenter ?

Il se pourrait, en premier lieu, que la loi étrangère fasse appel, à l'instar de la loi italienne, à la loi nationale du *de cuius*, — elle le ferait donc à elle-même. Dès lors, la loi à laquelle ferait appel l'article 8 des dispositions préliminaires, et celle indiquée par la loi ayant le pouvoir de commandement, serait la même. La règle de l'article 8 emprunterait donc efficacement le pouvoir de commandement de la *lex rei sitæ*.

Il se pourrait aussi que la loi du lieu fasse régir les questions afférentes à la succession des biens par la *lex rei sitæ*. Alors, en fait, la *lex rei sitæ* coïncidant avec la loi nationale du *de cuius*, — les biens se trouvant sur le territoire de son propre pays, la règle de l'article 8 serait aussi opérante. Mais qu'on s'imagine que s'agissant de meubles, c'est la loi du domicile qui soit appelée à les régir selon les vues de la *lex rei sitæ*, ayant le pouvoir de commandement. Il appartiendra certes à cette loi d'exclure du moins sa propre application, sinon d'imposer celle de la *lex domicilii*. -- La formule apportée par la Cour de Palerme devra nécessairement recevoir une restriction dans cette hypothèse, et ceci en vertu des principes mêmes dont la Cour de Palerme est partie dans ces raisonnements...

Qu'advierait-il maintenant, si les biens successoraux se trouvaient en Italie ?

Cette situation se distingue de celle que nous venons d'examiner par ce fait que la loi à laquelle compètera le commandement, sera la loi italienne et non pas la loi étrangère.

Dès lors, en vertu de sa puissance effective, si on s'en tenait à elle seule, la loi italienne pourrait s'imposer, — mais puisqu'il s'agit de ses règles de conflit, ces règles, impliquant l'application d'une loi étrangère, ne pourront être correctement et juridiquement appliquées que si leur application n'amènerait un abus, — l'extension abusive notamment de la loi étrangère au delà des limites qu'elle s'est elle-même tracées.

Admettons tout d'abord que la loi nationale du *de cuius* fasse elle-même régir la succession par la loi nationale. Dès lors, les biens successoraux se trouvant en Italie, le juge italien pourra efficacement et correctement appliquer la loi nationale du *de cuius* à ces biens.

Mais cette solution ne sera plus juridiquement correcte, —

quels que soient les moyens de fait dont disposera le juge italien pour application de la loi étrangère, loi nationale du *de cuius*, — si celle-ci faisait régir la succession par la *lex rei sitæ* ou la loi du dernier domicile, — car la désignation par les règles de conflit de la loi nationale du *de cuius* de ces lois à titre de lois applicables équivaut, comme on l'a déjà vu à différentes reprises, à l'auto-limitation de la loi nationale du *de cuius* à son propre territoire (1).

A ce point de vue aussi, la formule de la Cour de cassation de Palerme doit comporter des réserves découlant des principes mêmes formulés dans son arrêt.

*
* *

Ces deux idées fondamentales ont aussi trouvé leur expression dans l'arrêt du 5 décembre 1895 de la Cour de cassation de Florence (2), qui, bien qu'il manque de netteté, doit être retenu néanmoins.

En se demandant d'abord quels sont les principes fondamentaux du droit international privé, la Cour déclare que celui qui a le plus d'importance est « que chacun puisse prévoir avec quelque certitude d'après quelles lois seront appréciés les droits qui s'attachent à sa personne, à ses biens, à chacun de ses actes ». C'est donc de l'intérêt des particuliers et de leur protection efficace que doit s'inspirer le droit international privé. Dans cette tendance à assurer à toute personne d'une manière certaine le statut juridique, dont les règles déterminent la portée de ses actes juridiques, et la soustraire ainsi à l'arbitraire et au hasard, ne verra-t-on pas la manifestation certaine, bien qu'implicite, du respect de la personnalité humaine ? L'arrêt de la Cour de cassation de Florence se rapprocherait ainsi des grands arrêts des Cours suprêmes de Turin et de Palerme (3).

L'idée du commandement trouve son expression dans ces termes : « Nos lois n'ont pas l'autorité impérative et, partant, nous ne pouvons pas les imposer aux étrangers. Celles-ci, en

(1) *Supra*, pp. 70 et 77.

(2) L. II, §§ 14, 14 *bis*, *supra*, p. 151, proposition 1, a et b.

(3) L. II, §§ 3, 3 *bis*, 5, 5 *bis*, 11, 11 *bis*.

ce qui concerne l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille... n'ont pas d'autorité à l'égard des étrangers qui sont régis par leur loi nationale. » Quoiqu'il soit nécessaire de rappeler que la Cour n'en a pas tiré les conséquences qu'elle comportait, la formule de l'arrêt doit être retenue.

En posant le principe que dans la matière du statut personnel le législateur ne pouvait imposer ses lois qu'aux nationaux, idée exacte déterminant l'assiette de la souveraineté personnelle, — l'arrêt invite par voie de conséquence nécessaire à rechercher l'impératif dans la loi nationale de l'étranger lui-même, considérée dès lors à son titre de loi ayant le pouvoir de commandement et prise nécessairement dans son ensemble des règles du droit interne et de celles du droit international privé.

*
* * *

La Cour de Gênes, 15 avril 1904 (1), a déclaré certes que l'article 8, dont la rédaction est claire et précise, doit recevoir une application rigoureuse devant les tribunaux italiens et sans doute elle ne s'est pas laissée impressionner par la démonstration de tout ce qu'il y a d'illusoire dans ce rigorisme, — mais en commentant l'article 7, elle a reconnu tout de même sous leur vrai jour comme principe fondamental de droit international privé, le pouvoir de commandement de la *lex rei sitæ*.

S'il semble que la Cour de cassation de Rome, dans son arrêt du 18 mai 1909, ait entièrement méconnu la fonction de commandement qui appartient à tout État souverain, quant au droit de poser des limites à la portée de sa propre législation notamment, on y trouve (2) sous une forme assez indistincte, presque instinctive à la vérité, l'idée du respect de la personnalité humaine.

L'arrêt admet, semble-t-il, que le statut personnel applicable à l'étranger n'est autre chose que la loi du groupement auquel l'étranger appartient. Il considère donc sa personne comme un

(1) L. II, §§ 17, 17 bis.

(2) L. II, §§ 20, 20 bis, p. 151, proposition 1, a et b.

être collectif sur lequel repose l'empreinte du groupe social auquel il appartient légalement. Mais pour la Cour de Rome, ce rattachement n'est pas une question qu'on puisse résoudre à l'aide de critères formels. Soumis à la loi nationale, le statut personnel ne garderait cette liaison que dans la mesure où, en fait, ce rattachement n'est pas relâché et si à sa place n'interviennent d'autres liens plus efficaces en réalité, notamment l'agrégation au groupe social au milieu duquel l'étranger établirait son domicile dans le but d'acquérir la nationalité du peuple habitant ce pays.

Cette idée du respect de la personnalité humaine considérée dans son caractère d'être collectif devait donc avoir été présente à l'esprit ou, pour mieux dire, avait été sentie par le ou les rédacteurs de l'arrêt de Rome.

*
* *

Il était tout naturel que ces idées trouvassent leur expression dans les remarquables décisions de 1918 et de 1919 des juridictions florentines dans l'affaire de la succession Savage Landor, et de la Cour de cassation de Naples de 1920 (1).

Nous dégagerons d'abord l'idée du commandement qui ne fut qu'instinctivement suivie par les deux décisions florentines, mais plus nettement aperçue par l'arrêt de Naples.

Elle a trouvé d'ailleurs son expression à deux points de vue.

Ces décisions ont insisté d'abord avec une très grande force sur le caractère de règles de droit interne des règles de conflit du droit anglais. La Cour de Florence, en généralisant cette thèse, a même déclaré que dans tout système juridique, sans excepter à cet égard le droit italien, les règles de conflit étaient des règles de droit interne.

S'agissant de la légitimation *per subsequens matrimonium* et de la détermination des droits successoraux sur des immeubles sis en Italie, d'un sujet britannique domicilié en Italie, elle tirait argument de ce que les règles britanniques, subordonnant la question du statut personnel à la loi du domicile et la matière successorale à la *lex rei sitæ*, étaient les mêmes que celles qui déterminaient la compétence relative des diver-

(1) L. II, §§ 22, 22 *bis*, 23, 23 *bis*, 24, 24 *bis*, proposition 1, b et c.

ses législations sur le territoire de l'Empire Britannique et plus particulièrement du Royaume-Uni. Cette thèse servait d'abord au point de vue formel pour écarter l'argument connu qu'il ne convenait pas de faire prévaloir les règles de conflit d'une loi étrangère sur celles de la *lex fori*.

Mais quant à ses inspirations de fond, elles reposaient sans doute sur la pensée qu'il appartient nécessairement à tout État de disposer souverainement dans le domaine de son droit interne et que, par conséquent, ces dispositions pouvaient être légitimement retenues par un tribunal étranger.

Cette idée serait juste au fond, à condition cependant qu'on déterminât sa portée juridique d'une manière précise.

Les juridictions florentines l'auraient fait probablement, si elles étaient saisies d'une exacte analyse de la nature juridique des règles de conflit de la loi anglaise dans la matière du statut personnel, en tant que celles-ci se décomposent en deux propositions, dont la première négative limitant l'action de la loi anglaise au territoire britannique, ressortirait nécessairement et exclusivement du pouvoir de commandement du souverain britannique sur l'ensemble de ses institutions et devrait s'imposer comme telle sans plus ample justification, — alors que la seconde mettant en jeu la loi étrangère à titre de *lex domicilii*, constituerait une disposition de droit international proprement dite, ne pouvant plus être comprise dans le domaine du droit interne, mais susceptible de recevoir un effet que nous avons déterminé en fonction du pouvoir de commandement sur les personnes ressortissant de la souveraineté étrangère (1).

La Cour de cassation de Naples fut plus nette.

Tout d'abord, la Cour admet que la règle britannique, qui fait régir la succession aux meubles par la *lex domicilii* du *de cuius*, est une règle de droit interne et que le fait que cette règle est en même temps applicable au droit international ne lui enlève nullement son caractère de règle de droit interne « de la loi nationale de l'Empire britannique ».

Et la Cour précise son idée en en tirant cette conséquence logique « que les souverainetés ne pouvant légiférer que dans les limites de leur territoire, et ne pouvant prétendre édicter des lois applicables sur d'autres territoires soumis à d'autres

(1) *Supra*, p. 146.

souverainetés, la conséquence en est que le principe de conflit peut recevoir une application interne, puisqu'il est en vigueur sur les différents territoires nationaux pour lesquelles il a été édicté » (en l'espèce le territoire britannique), « mais quand l'application doit avoir lieu dans un pays étranger (en l'espèce l'Italie), ce n'est possible qu'autant que les lois du pays étranger le permettent. »

Cependant, il faut bien le remarquer, par le pays étranger dont les règles de droit international privé doivent nécessairement prévaloir sur celles de la loi britannique, il faut entendre l'Italie seulement.

« Si donc le *de cujus* de nationalité britannique régi par le droit objectif successoral anglais, parce qu'il est de cette nationalité, avait eu son domicile en Écosse et des biens en Irlande et d'autres biens sur d'autres territoires à législation indépendante, on ne peut douter que sa succession aurait été régie pour les meubles par la *lex domicilii* et pour les immeubles par la *lex rei sitæ*, ainsi auraient jugé les juges anglais, comme auraient jugé les juges italiens. »

La Cour de cassation de Naples a ainsi très bien compris la portée exacte du pouvoir de commandement d'une souveraineté en tant qu'il s'étend sur le territoire et sur les personnes, double assiette de la souveraineté. Elle a parfaitement compris que les règles de conflit d'un État tiers ne pourraient pas faire obstacle à ce que la loi de cet État, à titre de *lex domicilii*, puisse être appliquée en vertu de la règle de droit international privé de la loi anglaise, s'agissant des sujets britanniques, quelle que soit la règle de conflit de cet État tiers lui-même, et que la règle de droit international privé de la loi anglaise ne serait arrêtée par la règle de conflit de la législation italienne qu'à titre exceptionnel, de règle d'ordre public international italien, considération qui ne pourrait militer en faveur d'une règle correspondante d'une loi d'un État tiers.

La Cour, toutefois, n'a pas su tirer de ces principes la conséquence la plus importante qui y est tout de même renfermée d'une façon certaine.

S'agissant des règles qui sont posées par la souveraineté étrangère dans les limites de son territoire, auxquelles elle reconnaît pleine valeur, comment ne pas reconnaître que la loi étrangère peut aussi limiter sa propre action aux limites de

ce territoire et que cette limitation doit nécessairement s'imposer à tout État étranger.

Les juridictions florentines ont émis la même idée sous un autre point de vue encore, ainsi que la Cour de cassation de Naples.

A quelle pensée doit en effet s'attacher la justification de la manière de voir qu'elles ont adoptée, par la raison que les juridictions anglaises saisies du litige auraient statué de la même manière ?

« Si le demandeur avait eu recours aux juges anglais, ceux-ci l'auraient admis en vertu des principes du droit britannique déjà examinées » (1), déclare le Tribunal de Florence.

La même allusion à la manière dont auraient jugé les juges britanniques, quoique conçue en des termes qui lui impriment une nuance assez différente, se trouve dans l'arrêt de la Cour de Florence dans la même affaire Savage Landor (2). « Dans l'espèce, comme le croit la Cour, les juges britanniques eux-mêmes n'auraient pas pu ne pas faire place à la loi italienne. »

De même, la Cour de cassation de Naples déclarait : « *Ainsi auraient jugé les juges anglais comme auraient jugé les juges italiens.* Mais le testateur était domicilié en Italie et y avait ses biens ; sa succession ne pouvait être régie que par nos lois, — ainsi *auraient jugé les magistrats britanniques tenus d'observer le droit objectif de leur pays*, de quelque nature qu'il soit et obligés, vu le domicile et la situation des biens, à appliquer notre loi successorale » (3).

La même pensée se retrouve enfin, bien que sous une forme quelque peu étriquée, parce que ne retenant la manière dont jugeraient les magistrats étrangers, que dans l'hypothèse où ceux-ci étaient amenés à appliquer la loi italienne, dans l'exposé des motifs de l'article 19 des dispositions préliminaires du projet du Code civil italien : « In tal modo si exita l'inconveniente, veramente grave, ... che per l'identico rapporto, mentre il giudice del suo paese gli applicherebbe il diritto italiano, il giudice italiano gli dovrebbe applicare il diritto straniero ! »

« De la sorte est évité un inconvénient vraiment grave ... à savoir qu'à l'endroit du même rapport de droit, alors que le

(1) *Infra*, p. 286.

(2) *Infra*, p. 299.

(3) *Infra*, p. 308.

juge de son pays lui appliquera le droit italien, le juge italien devra lui appliquer le droit étranger ! »

Il convient d'examiner soigneusement la portée théorique de cet argument, argument qui n'est pas propre aux seules juridictions italiennes, mais qu'on voit invoqué souvent par la jurisprudence internationale et dans l'arrêt de la Cour de Lübeck de 1861 (1) notamment. Que veut-on dire au juste :

(1) Oberlandsgericht de Lübeck du 21 mars 1861, *Seufferts Archiv*, Band XIV, p. 164, n° 107.

« Il est de doctrine généralement admise en droit commun que la dévolution successorale doit être déterminée d'après les lois du lieu où le *de cujus* avait son dernier domicile, eût-il même conservé son lien d'allégeance à l'égard de sa patrie, et qu'il s'agit de l'application des lois de ce lieu non seulement à la succession *ab intestat*, mais aussi à la succession testamentaire dans la mesure où la question se poserait concernant l'efficacité des dispositions de dernière volonté...

« Ensuite vient en discussion l'assertion du demandeur que la *de cujus* a eu son dernier domicile à Mayence...

« Si les demandeurs arrivent à établir cette prétention par cela même d'après ce qui a déjà été exposé l'application du droit en vigueur à Mayence devient nécessaire...

« Il ne s'ensuit tout de même nécessairement pas que les dispositions du droit français en vigueur à Mayence deviennent applicables par rapport à la quantité de la réserve des demandeurs.

« Si en effet il est constant que la *de cujus* est restée une ressortissante de Frankfort, il n'en est pas moins vrai qu'elle n'a pas obtenu l'autorisation du Président de la ville de Mayence (der Staatsoberhaupt) d'y établir son domicile et les parties discutent justement le point de savoir si le droit en vigueur à Mayence reconnaît que la dévolution successorale et par voie de conséquence les droits à la réserve sont déterminés d'après les lois en vigueur au lieu du domicile du *de cujus*, ou s'il ne prescrit plutôt que la dévolution de la succession d'un étranger qui n'y avait établi qu'un simple domicile (nur ein einfaches Domizil) sans autorisation spéciale à cet égard du chef de l'État, devait être déterminé par les lois de son pays d'origine.

« Mais d'abord se pose la question de savoir si l'incertitude au sujet du sens supposé de la loi de Mayence est susceptible d'avoir une influence sur la solution du litige à intervenir, ou en d'autres termes, si le bien-fondé de la prétention des demandeurs ne dépendrait pas du point de savoir, si la loi de Mayence considérerait le simple domicile du *de cujus* comme suffisant pour faire soumettre à la loi locale la dévolution successorale, objet du litige.

« Si, en effet apparaît à première vue (obwohl es nun vielen Anschein für sich hat) exact le raisonnement que font valoir les demandeurs et qui tend à démontrer que les principes que la loi de Mayence établit dans la matière des conflits de lois touchant aux successions, ne sauraient être retenus dans l'espèce, par le motif que, si la loi de Mayence fait

vouloir juger en appliquant la loi étrangère, comme aurait jugé le juge du pays dont la loi est invoquée ?

Mais, tout d'abord, cela veut dire que l'on reconnaît à la loi étrangère le pouvoir de commandement. Tout naturellement, le juge, en appliquant sa loi, ordonne au nom du pouvoir qui l'a institué, et il est de l'essence de la loi d'ordonner là où son pouvoir à cette fin constitue une réalité.

Appliquer la loi britannique comme l'auraient appliquée les juges britanniques, c'est ordonner en son nom, c'est donner effet à son pouvoir de commandement ; — c'est reconnaître plus particulièrement que le juge n'appliquera point sa propre loi au delà des limites qu'elle s'est tracée elle-même ; — c'est

plutôt décider la loi nationale au lieu de la loi du domicile du défunt, le juge serait de la sorte renvoyé de Mayence à Francfort (von Mainz auf Frankfurt zurückverwiesen) et indirectement serait conduit à se heurter au principe du droit commun obligatoire pour lui ; toutefois et à l'examiner de plus près, une réponse affirmative doit être donnée à la question posée.

« En effet, si le juge de droit commun est tenu de soumettre la succession aux lois en vigueur au domicile du *de cuius* cette obligation ne peut reposer que sur la reconnaissance de ce qu'il n'est juste que d'appliquer les dispositions législatives sous l'empire desquelles se trouve effectivement le patrimoine du *de cuius* au moment de sa mort le lieu où en vertu d'un hasard se déroule la procédure (der zufällige Ort der Prozessführung) ne doit pas mettre obstacle à la reconnaissance des droits successoraux puisant leur vertu dans les lois ayant le pouvoir sur cette succession. Dès lors, il est nécessaire de présupposer qu'au lieu du domicile du *de cuius* à l'étranger est en vigueur une loi concernant les successions, qui a été prise en considération pour la succession litigieuse (welche auf den frägliehen Erbfall mit berechnet war) qui voudrait elle-même y être appliquée, car autrement il n'y aurait pas pu être question de droits de succession reposant sur l'empire de la loi locale.

« Dès lors, exactement de la même manière que dans le cas où les lois du domicile auraient édicté différentes dispositions, soit en tenant compte de la condition personnelle qui était celle du défunt (nach dem persönlichen Stand), soit de la condition des biens successoraux que le juge saisi du litige aurait dû rechercher et faire application des dispositions qui se rapportent à la succession litigieuse, de la même manière il doit aussi considérer la législation étrangère quand elle exclut en général de l'empire de sa loi successorale une catégorie déterminée d'étrangers notamment ceux qui y sont domiciliés et les subordonne aux lois de leur patrie.

« L'exacte observation du principe du droit commun exige que la législation en vigueur dans le pays où demeure le *de cuius* soit appliquée dans sa totalité et que l'affaire de succession soit jugée comme elle le serait par les tribunaux siégeant au lieu où demeurerait le défunt ».

reconnaître ainsi que la loi étrangère ne devra point être appliquée au delà de ses limites et lui reconnaître ainsi le droit de circonscire elle-même l'étendue de son application à son propre territoire.

Vouloir juger comme aurait jugé le juge étranger appliquant sa propre loi, se réduit donc en premier chef à reconnaître le pouvoir de commandement de la loi étrangère par rapport à elle-même, idée fondamentale dans l'ordre d'études de la portée des règlements de conflit en droit international privé et sur laquelle nous ne saurions trop insister.

Elle se déduit aisément de la teneur du jugement du Tribunal de Florence et de l'arrêt de cassation de Naples, mais il faut tout de suite faire remarquer que la Cour de Florence a moins bien jugé.

« Les juges britanniques eux-mêmes n'auraient pas pu ne pas faire place à la loi italienne », fait-elle remarquer, comme si les juges britanniques cherchaient tout d'abord à appliquer la loi anglaise et comme si dans l'espèce ils se trouvaient contraints malgré eux à écarter leur propre loi pour faire place à la loi italienne.

Mais c'est juste le contraire qui est vrai. Les juges britanniques auraient certainement et tout naturellement écarté la loi britannique confinée par le droit coutumier au seul territoire britannique. Dès lors, la place à occuper par une loi deviendrait nécessairement vide. Ce résultat ne serait dû qu'au pouvoir de la loi britannique sur elle-même, à l'exercice de ce pouvoir par les juges britanniques, — à la reconnaissance de la légitimité de ce pouvoir de commandement par les juges italiens. Mais les juges britanniques ne se seraient certes pas arrêtés à ce résultat négatif. Ils auraient rempli le vide en appliquant la loi italienne. Ils auraient pu l'appliquer en vertu d'une théorie du droit international des personnes et des choses *nullius legis* ; cependant, cette théorie aurait pu être appliquée avec la même autorité par les juges italiens. Il aurait été dès lors inutile d'invoquer dans cet ordre d'idées la manière de voir des juges britanniques.

Mais leur décision aurait pu être motivée autrement, — s'agissant des ressortissants britanniques et de leurs biens, — tout en les retranchant de la société civile anglaise, les juges anglais, en vertu de leur pouvoir de commandement, auraient pu rattacher, tant les personnes que les biens, au système

juridique étranger, à la condition essentielle toutefois qu'aucun obstacle venant de l'économie même de ce système législatif étranger ne s'y oppose. Or, nous avons vu qu'aucune disposition de la loi italienne n'interdit l'application du droit italien aux étrangers ou à leurs biens. Dès lors, la décision des juges britanniques aurait été parfaitement régulière au point de vue du jeu combiné du droit anglais et du droit italien, — fondée qu'elle serait sur l'exercice légitime du pouvoir de commandement des juges britanniques par rapport aux ressortissants britanniques et à leurs biens successoraux, les juges italiens pourraient avec raison l'invoquer à l'appui de leur propre décision.

L'idée du commandement, — peut-être profondément entermée et indivisible ainsi à première vue, — se trouve donc nécessairement à la base même de ces importantes décisions florentines de 1917-1918 et de l'arrêt de la Cour de cassation de Naples de 1920. C'est en vertu de cette idée que les décisions florentines ont admis l'application de la loi italienne aux biens appartenant à la succession d'un Anglais se trouvant en Italie, — c'est malgré la reconnaissance de ce principe que la Cour de cassation de Naples a écarté l'application de la loi italienne en alléguant le caractère d'ordre public international de l'article 8 des dispositions préliminaires ; — or, invoquer le moyen d'ordre public contre un principe, pour l'écarter ainsi que par un moyen exceptionnel, n'est-ce pas là une reconnaissance de sa portée générale ?

C'est à la lumière de toutes ces considérations qu'il est possible d'apercevoir la vraie portée de la déclaration de la Cour d'appel de Florence, déclaration qui a paru si frappante à M. Anzilotti (1), que toutes les règles du droit international privé sont des règles de droit interne. Cela équivaut à les considérer comme les règles de droit justement dans les limites où elles s'appuient sur un pouvoir effectif de commandement et rejeter au delà des limites du droit tout ce qui, dans leurs termes, ne ressortirait que de vaines déclarations, parce que ne pouvant se réclamer d'aucune sanction légale effective.

C'est cette analyse qui permet de dégager aussi l'influence de l'idée du respect dû à la personne humaine. Les dispositions de la loi étrangère ne sont-elles pas admises en faveur de

(1) *Rivista del diritto internazionale*, 1918, p. 281.

l'étranger, « *al favor della straniero* ». Or, de quelle manière sera-t-il le plus favorisé, sinon par l'application de la solution conforme à celle qui serait prise par ses propres juges, — idée symétrique de celle admise par la Cour de Milan, — l'extension idéale du milieu juridique étranger en sa faveur, — l'extension idéale de la juridiction des juges propres de l'étranger susceptible certes, de lui donner le meilleur et le plus fort sentiment de justice.

Et c'est en pleine harmonie avec le système général de leurs arrêts que la Cour de Florence déclare « qu'il est généralement connu comment cette règle de droit international privé (art. 6), s'est inspirée des plus larges principes libéraux dans l'intérêt des étrangers résidant dans notre royaume » ; et la Cour de cassation de Naples, en précisant les motifs de l'adoption du système italien de droit international privé, de le qualifier « de système le plus rationnel et le plus libéral et respectant le plus la personnalité humaine ».

CONCLUSION

Nous avons terminé ainsi les recherches que nous avons entreprises. Les principes à l'aide desquels il convient de déterminer la portée des règles de conflit de divers systèmes juridiques, sont deux : le respect de la personnalité humaine considérée comme un être attaché de par sa nature à une collectivité humaine déterminée ; la reconnaissance du pouvoir de commandement que ces collectivités organisées sous forme d'États exercent légitimement sur l'assiette personnelle, réelle et spirituelle de leur souveraineté. La combinaison de ces deux principes permettra dans chaque espèce donnée de déterminer la portée internationale qu'il convient d'attribuer à une règle de droit international privé, qu'elle appartienne au système de la *lex fori* ou à un système juridique étranger, invoquée dans un litige.

Ces résultats de nos recherches nous ont permis d'arriver à deux conclusions importantes, l'une d'une portée générale, l'autre plus restreinte, mais non dépourvue d'une certaine importance au point de vue de la technique juridique.

La conclusion générale est celle-ci : l'application de la loi étrangère en général et l'application extra-territoriale de la *lex fori* reposent exactement sur les mêmes principes qui déterminent la portée des règles de conflit, respect de la personnalité humaine, reconnaissance du pouvoir légitime de commandement des États. Par là même, nous apercevons les principes sur lesquels, selon nous, repose le droit international privé tout entier.

La seconde conclusion, de caractère restreint, est celle-ci. La théorie du renvoi, théorie la plus célèbre du droit international privé, à la vérité n'existe pas, — ce n'est qu'une hypothèse particulière de la théorie générale de la portée internationale des règles de conflit. Elle ne peut être envisagée que dans le cadre de cette théorie générale, — elle n'a rien de tel

qui en ferait une théorie susceptible d'être érigée en une catégorie juridique indépendante. Ce fut une aberration que d'en faire l'objet de tant de discussions.

La jurisprudence italienne ne s'est pas engagée dans cette vue et c'est son étude qui nous a permis d'apercevoir le problème général et de ne pas prendre *partene pro toto*.

LIVRE DEUXIÈME

TEXTES DES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES ET LEUR COMMENTAIRE

§ 1. — SÉNAT MILANAIS (XVII^e SIÈCLE).

Les commentaires d'Anselme sur l'Édit Perpétuel de 1611 nous ont conservé une espèce intéressante dans laquelle le Sénat Milanaise fut placé en face d'une hypothèse de renvoi.

D'après l'exposé assez incomplet et voire obscur de l'affaire, il semble résulter ce qui suit :

Don Hieronyme del Posso, époux de la dame Cathrine de Glimestune, cherche à se prévaloir devant le Sénat Milanaise d'un testament du premier mari de sa femme, fait à Bruxelles par-devant un notaire assisté de deux témoins.

Or, il se voit opposer la coutume milanaise en vertu de laquelle, le testament doit être fait avec l'assistance de sept témoins, et l'application de cette coutume résulterait des dispositions de l'article 13 de l'Édit Perpétuel de l'année 1611, promulgué par les Archiducs Albert et Isabelle et dont voici le texte :

Art. XIII de l'Édit Perpétuel de l'année 1611.

« Si ès lieux de la résidence des testateurs et de la situation de leurs biens y a diversité de coutumes, pour le regard de ces dispositions de dernière volonté. Nous ordonnons qu'en tant que touche la qualité des dicts biens, si on en peut disposer en quel âge et avec quelle forme et solennité, on suy'vra les coutumes et usances de la dicte situation. »

Comment l'a-t-on fait intervenir dans le débat ?

De toute vraisemblance, le demandeur cherchait à s'en prévaloir, afin d'invoquer dans son intérêt la règle *locus regit actum*. Du moment que le testament avait été fait en suivant les règles de forme en vigueur à Bruxelles, le testament devait être reconnu valable, soutenait-il sans doute.

Mais ses adversaires argumentaient probablement à son encontre que la loi du lieu où le testament avait été fait contenait cette disposition de l'article 13 qui fait régir la forme du testament par la loi de la situation des biens et que dès lors, s'agissant des biens situés dans le Milanais, c'était la loi milanaise qui aurait dû être appelée à déterminer la validité formelle de ces dispositions de dernière volonté. Il semblerait donc que cette argumentation a eu un certain succès auprès du Sénat Milanais, puisque le demandeur en pétition d'hérédité a cru nécessaire de s'adresser au Roi pour obtenir de lui l'interprétation authentique du sens de l'article 13 de l'Édit Perpétuel.

En effet, en eût-il été autrement, c'est-à-dire le Sénat Milanais n'eût-il pas pris en principe en considération cette règle de conflit de la loi étrangère et le renvoi à la loi milanaise, qu'est-ce qui aurait pu l'embarrasser dans le texte français de l'Édit, aurait-on eu en conséquence besoin d'intenter toute une procédure à Bruxelles pour obtenir en considération de cette difficulté une interprétation authentique de l'article 13 ?

C'est dans cette mesure que l'on peut affirmer que la théorie du renvoi, si nous ne savons pas si elle a été définitivement adoptée par le Sénat Milanais, fut du moins sérieusement discutée.

D'ailleurs, dans l'ordre d'idées qui nous intéresse, la réponse du Roi siégeant en son Conseil privé est significative :

« Cui supplicationi annuens dicta Majestas, re tota in dicto
« Consilio Privato examinata declarat :

« Testamentum in Urbe Bruxellensi ordinatum, adhibitis
« solemnitatibus, articuli 12 Ed. Per. requisitis valere, effec-
« tumque sortiri, etiam quod bona liberæ dispositionis alibi
« sita etiamsi ibi maior testium numerum aliave aliqua solem-
« nitas requiretur ad testamenta ibi condenda, cujus situs
« consuetudo, ex articulo 13 ejusdem Edicti non spectatur nisi
« ubi bonorum inibi sitorum qualitas, vel impedit *dispositionem*
« *de iis faciendam vel ad eam certam ætatem aut formam solem-*
« *nitatem exigit.* Actum Bruxellis in dicto Consilio privato pridie
« Kalendas Juliis anno Domini 1634, erat infrascriptum accor-
« dat cum suo originali, subsignatum de Robiano. »

Le Conseil Privé affirme tout d'abord, on le voit facilement, la règle *locus regit actum* comme un principe général auquel la disposition de l'article 13 n'aurait point dérogé. Que ce rai-

sonnement soit exact ou faux, il importe peu pour nous parce que ce n'est pas la valeur de l'interprétation et sa conformité au texte de l'article 13, mais les idées juridiques qu'on trouve à sa base qui nous intéressent. Or, celles-ci se précisent dans la suite de la réponse qui établit la vraie portée de l'article 13 à côté de la règle *locus regit actum*. C'est que cet article a pour but de prévoir les hypothèses où, dans un pays étranger, on subordonnerait les problèmes touchant à la forme des testaments, non pas à la *lex actus commissi*, mais à la loi du lieu de la situation des biens, en empêchant ainsi l'application de la règle *locus regit actum* ; il serait donc législativement destiné à apaiser les conflits de lois insolubles, susceptibles de naître de ces situations de fait en faisant s'effacer les règles de conflit de la *lex fori* devant celles de la loi qui aurait le pouvoir effectif de commandement sur les biens situés sous son empire, ou en d'autres termes, on est en présence de la reconnaissance législative de l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère, du moins dans les limites territoriales où s'exerce l'empire de cette loi.

§ 2. — COUR D'APPEL DE GÈNES DU 11 AVRIL 1870.

La question du caractère impératif des règles de conflit de la *lex fori* s'est posée devant la Cour d'appel de Gênes dès le 11 avril 1870 (1).

La Cour, après avoir traité dans la première partie de son arrêt une question de droit civil italien interne, d'ailleurs sans aucune influence sur la solution du problème en droit international privé, — qui dans l'espèce était de savoir, si on devait appliquer la loi italienne ou la loi pontificale aux immeubles successoraux sis dans les États du Pape, se prononce sur celui-ci, dans les termes suivants :

« Attendu, quant à la seconde question, que dans les dispositions préliminaires au Code civil concernant la publication, « l'interprétation et l'application des lois en général, après « qu'il a été établi par l'article 7 que les biens immobiliers « sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés, l'article 8 « ajoute : « Les successions légitimes ou testamentaires cepen-

(1) *Jur. Italiana*, 1870, p. 232.

« dant, en tant qu'elles touchent à la quotité des droits successoraux et à la validité intrinsèque des dispositions, sont « régies par la loi nationale de la personne dont la succession « est ouverte, quels que soient la nature des biens et le pays « où ils sont situés » (1) ;

« Attendu que les termes formels et parfaitement explicites « des articles précités démontrent de toute évidence que, concernant les immeubles successoraux, le législateur a voulu, « dans l'article 8, déroger à la règle posée dans l'article précédent, d'après lequel les immeubles sont soumis à la loi du « lieu auquel ils se trouvent, pour les assujettir à la loi nationale de la personne dont la succession est ouverte ;

« Attendu que lorsque la loi ordonne (*impera*) en termes « clairs, et exclusifs de toute possibilité de doute (2) quant à « son interprétation, l'office du juge ne peut consister qu'en « son application, sans qu'il soit licite pour lui d'examiner si « le précepte que la loi contient, est conforme aux règles qui « ont été antérieurement observées dans la matière, ou s'il « s'écarte plus ou moins des maximes du droit international « privé, ou si enfin des obstacles peuvent surgir, à l'exécution « d'une décision qui serait rendue en l'appliquant ; toutes ces « recherches peuvent être entreprises par les représentants du « pouvoir législatif au moment de l'élaboration de la loi, mais « il n'appartient nullement de le faire à ceux dont la charge « consiste exclusivement à appliquer la loi une fois promulguée... »

§ 2 bis. — GÈNES, 1870. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de Gênes est la première décision italienne que nous croyons devoir citer dans l'ordre de questions à l'examen desquelles est consacré cet ouvrage.

(1) Art. 8. « Le successioni legittime o testamentarie pero, sia quanto all'ordine dei diritti successori e l'intrinseca validità delle disposizioni sono regolate della legge nazionale della persona della cui eredità si tratta di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino ».

(2) Ed escludenti qualsiasi dubbio.

La question du renvoi ne s'y pose pas à la vérité, mais comme on pourra le constater, cette théorie célèbre est intimement liée à la question plus générale de la portée et de l'autorité des règles de conflit de la *lex fori* et de celles de la loi étrangère.

Cet aspect du problème apparaît d'une manière particulièrement frappante à l'examen de la jurisprudence italienne et il est intéressant de noter que son apparition dès le début sous sa forme la plus générale a déterminé le caractère très élevé de la discussion qui s'est engagée.

Dégagée ainsi de petites considérations d'opportunité, de commodité du juge, et du désir manifeste ou voilé de donner la préférence à la *lex fori*, qui jouent un si grand rôle dans l'application de la théorie du renvoi proprement dite, elle a pris une haute valeur théorique.

On remarquera aussi que la date (1870) à laquelle le problème se pose en Italie nous met en présence de phénomènes juridiques dont le développement est antérieur à la discussion qui s'est élevée à propos de l'arrêt Forgo, ce qui lui assure l'indépendance et l'originalité.

Dans l'espèce l'arrêt, dont nous avons cité les termes, cherche à étouffer dès le début toute discussion quant aux limites d'application de l'article 8 des dispositions préliminaires. La lettre de cet article semblerait ne laisser aucun doute quant à son interprétation.

C'est l'argument essentiel qui, selon la Cour, doit s'imposer au juge bien qu'elle semble admettre, qu'en législation du moins, le principe n'est pas à l'abri de toute critique, surtout en ce qui concerne les difficultés touchant à l'exécution des décisions rendues ainsi sans que compte soit tenu des règles de conflits de la loi étrangère.

Mais on verra que, s'il en est ainsi du sens littéral de l'article 8, la question de savoir comment le législateur italien pourrait s'arroger un droit, vain sans doute, mais présomptueux néanmoins d'imposer sa volonté quant aux immeubles sis sur le territoire étranger, a paru à tel point grave que des décisions postérieures des plus hautes juridictions italiennes ont pris le contre-pied du raisonnement de la Cour de Gènes, en restreignant le sens de l'article 8 à tel point que la finale de cette disposition, « in qualunque paese si rovinò », dut recevoir

son application seulement dans les cas où la législation étrangère intéressée édicterait une disposition conforme (1).

§ 3. — COUR DE CASSATION DE TURIN DU 22 DÉCEMBRE 1870.

L'arrêt de la Cour de Gênes dans l'affaire Pallavicini-Gavotti a été déféré à la censure de la Cour de cassation de Turin (2). Nous reproduisons l'arrêt de la Cour suprême dans sa partie où elle envisage la question de droit international privé résolue par l'arrêt déféré et qu'elle pose en ces termes.

« La seconde question est celle de savoir s'il fallait appliquer le Code civil ou les lois pontificales au partage de biens successoraux qui se trouvent dans l'État pontifical.

La Cour y répond de la manière suivante :

« Considérant, en effet, qu'on discute avec passion dans la doctrine sur le point de savoir s'il est plus conforme à la raison et aux principes du droit que les successions soient gouvernées par la loi nationale du *de cujus*, ou plutôt par les lois en vigueur au lieu de la situation des biens immobiliers dépendant de l'hérédité, que cette question est en effet résolue par des auteurs considérables dans des sens différents, tandis que c'est un fait que d'après le droit international en vigueur en Europe, et surtout en Italie, où la jurisprudence s'est trouvée d'accord avec la doctrine, il a été toujours décidé qu'autant il y a d'États, dans lesquels existent des biens immobiliers héréditaires, autant il y a d'hérédités, et que la loi personnelle du défunt n'est admise que d'une manière restreinte et quant aux meubles ;

« Considérant que l'opinion qui soutient qu'on ne peut pas distinguer l'entité idéale qui constitue un patrimoine (*universitas juris*) de la personne qui en est en possession et que de même que la personne est indivisible, de même l'entité qui se trouve individualisée par rattachement à la personne elle-même ne serait pas susceptible de division, n'est qu'une opinion qui jusqu'à présent, comme il a été déjà montré dès le début, n'est

(1) *Infra*, §§ 3, 3 *bis*, 5, 5 *bis*, 11, 11 *bis*. Dans la doctrine, M. Gabba a vigoureusement soutenu cette interprétation de l'article 8. *Rev. de dr. int.*, 1906, pp. 222 et suiv.

(2) *Giur. Italiana*, 1871, pp. 337 et ss.

pas sorti⁸ du domaine des spéculations doctrinales ; que c'est donc pour la première fois que, quittant le domaine de la pure théorie, elle a été incorporée dans un acte ayant une valeur pratique et ceci grâce à la disposition de l'article 8 des dispositions préliminaires au Code civil italien. »

« Le législateur italien, en adoptant le premier (1) un principe aussi libéral et généreux (c'est ainsi que s'est exprimé l'orateur de la Commission) a donné un exemple admirable au monde civilisé et, partant, a communiqué peut-être aux autres nations un stimulant pour le suivre (2). Le législateur italien a eu ainsi l'intention de donner un exemple et de communiquer un stimulant, mais rien de plus : il n'a pas eu l'intention et il ne pouvait l'avoir d'imposer aux autres États une innovation législative aussi hardie, laquelle, comme l'a fait observer d'ailleurs l'orateur lui-même, était sans précédents, et contrastait ainsi avec les tendances qui ont prévalu jusqu'alors et qui obéissaient au principe « tot hereditates quot territoria ».

« Libre au législateur italien d'accueillir la loi de l'étranger ; mais prétendre la lui imposer est une proposition qu'il suffit de formuler pour la rejeter immédiatement (3).

« Par conséquent, d'après cet article, un citoyen italien ou étranger qui succède à un étranger a droit à ce que l'ordre successoral et l'étendue des droits successoraux sur les biens du défunt en Italie soient réglés par la loi nationale du *de cujus* lui-même ; pareillement, un Italien ou un étranger qui succède à un Italien qui possédait des biens dans divers États pourra invoquer par réciprocité l'application de la loi italienne où que ce soit que se trouvent les biens. Mais dans cette seconde hypothèse, la loi italienne ne peut être retenue que comme une invitation à étendre le principe de la réciprocité (4), à son appui on pourra chercher, en se conformant au vœu de la Commission, à introduire par la voie diplomatique auprès d'autres peuples le principe proclamé par le législateur italien ; mais tel n'est pas

(1) Per il primo.

(2) Un mirabile esempio al mondo civile e forse un incentivo a seguirlo alle altre nazioni.

(3) Libero al legislatore italiano di ricevere la legge dallo stranniero, ma pretendere di imporgliela, è tale proposizione che basta accennarlà per venir respinta.

(4) Ma non si può più ritenere che comme un invito ad estendere il principio di reciprocità.

l'office des juges ; ceux-ci ne doivent pas et ne peuvent pas rendre de décisions quand ils savent d'avance qu'ils n'ont pas pouvoir de les faire exécuter (1), dans ce cas les décisions judiciaires se réduiraient à de simples résolutions académiques dépourvues de toute valeur pratique.

« Il appartiendra aux magistrats des pays dans lesquels sont situés les biens, d'accepter ou de ne pas accepter l'invitation d'étendre ou de ne pas étendre le principe de réciprocité et d'appliquer ainsi la loi italienne dans le domaine des successions. Mais c'est par eux seuls qu'elle pourrait, qu'elle devrait être appliquée, et non par nos magistrats (2). »

§ 3 bis. — TURIN, 1870. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de cassation de Turin offre le plus grand intérêt théorique et il est tout à fait remarquable que dès l'année 1870, c'est-à-dire dix ans avant que les jurisconsultes de tous les pays aient commencé à exposer leurs théories touchant au problème du renvoi sur lequel l'attention fut attirée par le retentissement de l'affaire Forgo, la Cour de cassation italienne ait abordé la question capitale de droit international privé dont la théorie du renvoi sagement envisagée n'est qu'une application particulière, — celle de l'autorité relative des règles de conflits de la loi étrangère et de la *lex fori*.

Deux pensées fondamentales dominent cet arrêt. La première, développée avec beaucoup d'ampleur, tend à mettre en relief que c'est le pouvoir de commandement qui détermine la loi applicable aux biens. La seconde, bien qu'exprimée brièvement, montre que dans le sentiment de la Cour de cassation de Turin, c'est le respect dû à la personne humaine qui commande en général l'application de la loi étrangère.

La Cour a parfaitement compris que, quelle que soit la rédaction d'une loi, elle ne peut avoir d'autorité réelle que dans les limites où le législateur peut imposer efficacement sa volonté, c'est-à-dire dans celles de sa souveraineté et que si le juge ne peut pas modifier les lois, mais est obligé de les appliquer,

(1) Essi non debbono e non possono dare sentenze che sanno a priori di non aver modo di far eseguire.

(2) Ma, da essi soli può essere, deve essere applicata non dai nostri.

il doit tout de même leur donner un sens tel que ses décisions prises en elles-mêmes soient de vraies sentences de la justice et non point de vaines déclamations.

Que le législateur italien formule dans des termes d'apparence tranchante la règle de l'article 8 qui semble ne pas faire de distinction entre les nationaux et les étrangers, entre les biens situés en Italie et en dehors du territoire en pays étranger, cette règle d'allure si autoritaire doit être décomposée néanmoins en deux parties ou envisagée sous deux aspects, opération analytique commandée par la nature même des choses. Ainsi, cette disposition devra recevoir un sens différent selon qu'elle s'adressera ou s'appliquera aux personnes ou aux objets par rapport auxquels le souverain italien pourrait imposer sa volonté ou au contraire, dans les hypothèses où raisonnablement il ne peut prétendre à aucun pouvoir réel de commandement et ne peut que se borner à exprimer certains desiderata puisant leur force purement morale dans l'équité de son attitude à l'égard de l'étranger.

Et la Cour indique de quelle manière il faut entendre cette distinction.

A supposer d'abord un étranger décédé en laissant en Italie des biens immobiliers, les successeurs, qu'ils soient Italiens ou étrangers, devront se rapporter à la loi italienne qui déterminera d'après quelle loi seront établis l'ordre successoral et l'étendue des droits successoraux.

Si la Cour n'indique pas expressément la raison de cette solution, elle se dégage d'une manière incontestable de l'esprit même de ses raisonnements. Il en est ainsi parce que le législateur italien a le droit ainsi que le pouvoir d'imposer sa volonté à tout ce qui concerne les immeubles italiens. S'il a fait connaître sa volonté à cet égard par l'article 8 des dispositions préliminaires, cette disposition envisagée par rapport à cette hypothèse est nécessairement une disposition impérative.

Mais que les faits se présentent d'une manière différente et on arrive à la seconde hypothèse envisagée par la Cour.

Qu'il s'agisse de la succession d'un Italien, aux éléments immobiliers sis à l'étranger et qu'un successeur de nationalité italienne ou étrangère cherche à appréhender cette succession, que les tribunaux italiens soient saisis d'un litige relatif à ces faits, à quelle loi devront-ils se référer ?

Mais aux règles de conflit de la loi étrangère, et ceci pour

deux raisons, à la base desquelles se retrouve toujours la même idée. Le législateur italien n'a ni le droit ni le pouvoir d'imposer sa volonté à l'étranger. Il désirerait certes que, par sentiment de générosité et de réciprocité, les législations étrangères admettent le même principe, mais il ne peut pas de toute évidence l'imposer.

Le principe italien de l'article 8, envisagé dans cet ordre d'idées, n'est qu'une invitation adressée au législateur étranger qui reste maître de l'accepter ou de s'en tenir aux principes différents de sa propre législation si bon lui semble.

C'est la première raison qui donne un caractère tout différent à la disposition de l'article 8, quand il s'agit des immeubles sis à l'étranger, considération ayant à sa base cette idée que le législateur ne peut commander que dans les limites de son ressort.

C'est la même idée qui domine la seconde raison développée par la Cour. Les juges italiens, comme tous autres juges, commandent au nom de la loi. Ils doivent nécessairement considérer leurs décisions comme des dispositions appelées à produire des effets pratiques et à cette fin susceptibles d'être exécutées. S'il s'agit des immeubles situés à l'étranger, ils ne peuvent certes donner des ordres directs, mais du moins doivent-ils disposer de telle manière que leur décision soit susceptible de recevoir exécution à l'étranger par voie d'*exequatur*. Il est contraire à l'office même du juge de statuer de manière purement platonique, car il n'émet pas une opinion, mais donne une décision.

Le juge commande et il ne peut commander valablement que dans les limites dans lesquelles son pouvoir de commandement reste une réalité.

Dès lors dans l'espèce, abstraction faite de l'article 8, l'application des lois pontificales s'imposera par voie de conséquence et, qu'on le remarque bien, sans qu'aucune règle de droit international italien l'indique. La loi pontificale sera appelée ainsi en vertu de la seule logique juridique, plus précisément à titre de loi ayant le pouvoir de commandement, sans qu'un texte positif de la *lex fori* formule ce titre.

Ce sont là les idées capitales et très importantes de cet arrêt qui touchent tant au fondement même du droit international privé, qu'aux principes du droit en général.

Mais elles n'épuisent pas l'intérêt de l'arrêt. Si l'allusion à

la controverse sur l'unité ou la pluralité des successions n'est qu'un argument de second plan, destiné à montrer que rien de sérieux dans le droit positif italien ne met obstacle à ce que les principes juridiques essentiels produisent leur effet naturel et logique, il faut attacher plus d'importance à l'argument tiré des travaux préparatoires, car dans cet ordre d'idées, la Cour fait ressortir l'esprit libéral et généreux de l'article 8 et indique, d'une manière incidente peut-être, que si cette règle permet d'accueillir la loi étrangère, elle n'autorise nullement de l'imposer à l'étranger. Idée féconde qui aura un développement considérable dans la jurisprudence ultérieure, permettant de dégager l'idée du respect dû à la personnalité humaine.

§ 4. — COUR D'APPEL DE MILAN, 1^{er} JUILLET 1872.

La Cour d'appel de Milan a eu à statuer, le 1^{er} juillet 1872 (1), sur un déclinatoire de compétence proposé par un Français, dont l'interdiction avait été demandée à la juridiction italienne de son domicile sur le fondement de l'article 836 du Code de procédure civile italienne (2).

« La Cour : La disposition de l'article 836 du Code de procédure civile, en vertu de laquelle la demande d'interdiction est présentée au Tribunal dans le ressort duquel se trouve le domicile de la personne dont l'interdiction est demandée, s'applique aussi quand celui-ci est un étranger domicilié dans le royaume ; auquel cas sa qualité d'étranger ne produit d'autre effet que celui de déterminer l'application au fond du litige de la loi de la nation à laquelle il appartient (art. 6 des dispositions préliminaires du Code civil) (3) qui, s'agissant en l'espèce d'un Français, ne diffère pas de celle en vigueur en Italie... »

La Cour fait donc tout d'abord un départ très net entre la

(1) Cet arrêt qui est rapporté dans le *Monitore dei Tribunali* de 1872, p. 697, m'a été signalé par M. V. Bazanoff, Docteur en Droit, qui a bien voulu faire pour moi quelques recherches en Italie dans les recueils italiens.

(2) Art. 836 du Code de Procédure civile : « La domanda d'interdizione o d'inabilitazione è fatta con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona, contra la quale è proposta ».

(3) Art. 6 : « Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono ».

question de conflit des juridictions et celle de conflit des lois, se prononce en principe sur sa compétence et détermine la loi applicable qui est la loi française. Elle examine ensuite les objections à cette manière de voir.

« En droit. Sur l'exception de l'incompétence : Attendu que de toute manière la question de compétence soumise à la Cour se résout comme il sera dit... plutôt en partant du principe de domicile des défendeurs, que de celui de sa nationalité ;

« ...Attendu, en effet, qu'en admettant même que Dalché ait conservé toujours comme il le soutient la nationalité française, il ne saurait fonder valablement sur ce fait son exception d'incompétence parce que le fait d'avoir établi en Italie depuis trente ans son domicile, est suffisant pour rendre légitime l'action des autorités judiciaires italiennes, et tout spécialement de celle du lieu dudit domicile, et cette question en tout cas est étrangère à celle de la loi applicable. Pour déterminer la juridiction compétente, il faut considérer non point l'origine (de l'intéressé) mais le domicile (Savigny, *Droit romain actuel*, L. III, C. I, pp. 358-359) et tout particulièrement le domicile qu'a l'intéressé au moment où l'action est intentée contre lui.

« En effet, le même article 6, s'il fait régir l'état et la capacité des personnes par leur loi nationale, ne statue pas à l'égard de la compétence des tribunaux. »

La Cour maintient donc la séparation de deux problèmes, celui des conflits de lois, celui des conflits de juridiction et rapporte la solution donnée par l'article 6 au premier de ces problèmes seulement. Au contraire dans le silence de la loi quant au second problème, elle y étend la règle de compétence du droit interne et elle donne les motifs de cette manière de raisonner.

« Cela admis, on ne pourrait entretenir de doutes quelconques sur la compétence des tribunaux italiens... pour connaître à l'égard de Dalché de l'action tendant à son interdiction, et ceci du moment qu'il a quitté déjà depuis trente ans la France où il semble n'avoir laissé aucun bien, qu'il est venu habiter avec sa famille le territoire italien, en y tirant profit de ses talents et de son industrie, ce qui lui a valu le patrimoine qu'il possède... »

« La seule question qui pourrait venir en discussion », continue la Cour, « c'est celle concernant la loi applicable, mais Dalché ne peut pas ne pas savoir que les lois italiennes rédi-

gées comme on le sait en s'inspirant de la législation française, contiennent en cette matière des règles en fait conformes à celles du Code civil français et ceci à tel point que le titre VI du livre III du Code de procédure civile actuellement en vigueur est une copie du chapitre II, titre XI du livre du Code civil français, mais en ce qui concerne l'interdiction seulement, il faut noter que notre Code de procédure, article 836, à la différence du Code civil français, article 494, est explicite suivant ainsi la jurisprudence, qui s'est établie maintenant en France aussi dans ce sens, en déterminant lequel des tribunaux de première instance serait compétent et précisant notamment que c'est le tribunal du domicile de la personne dont on demande l'interdiction. »

« En tout cas », reprend son raisonnement la Cour, « l'intervention de l'autorité judiciaire du lieu du domicile est dès lors la plus indiquée pour décider si une personne déterminée, qu'elle soit même de nationalité étrangère, se trouve dans un tel état de faiblesse d'esprit que son interdiction s'imposerait, et cette intervention ne constitue nullement une dérogation au statut personnel assuré à l'étranger par l'article 3 du Code civil français.

« S'agissant de la reconnaissance d'un état exceptionnel, cet état relèvera nécessairement de mesures exceptionnelles qui, en dernière analyse, ne visent d'autre but que d'assurer la protection de celui qu'il s'agit d'interdire et de ceux avec lesquels il en est rapports continuels, du fait de la vie commune et de la sauvegarde à donner à tous ces intérêts ; mais l'application de ces mesures n'exclut point le respect de la loi nationale de l'étranger en ce qui concerne son état et sa capacité personnelle et ses rapports de famille » (1).

§ 4 bis. — MILAN, 1872. COMMENTAIRE.

On saisit sans difficulté le raisonnement de la Cour de Milan dans l'ordre d'idées qui nous intéresse.

La compétence en matière de procédure, tenant à l'interdiction d'un Français domicilié en Italie, est contestée.

(1) E non è tolto che nell'attuazione di detti provvedimenti abbia ad essere rispettata la legge nazionale dello straniero perciocché concerne il suo stato, la capacità e i rapporti di famiglia.

La Cour cherche pour l'affirmer, d'abord des arguments tirés des règles des conflits de juridiction, elle examine ensuite pour l'écarter l'objection tirée de la théorie des conflits des lois.

Mais elle argumente toujours de la même manière.

Et s'agissant de la compétence, comment raisonne la Cour ?

Son argumentation peut se décomposer, en effet, en deux propositions suivantes :

1. Pour déterminer la compétence par rapport à ce Français, la règle de la loi italienne est appliquée. Mais cette règle est exactement la même que celle de la loi française.

2. Par conséquent, si la juridiction italienne intervient, c'est à la fois en vertu de la loi italienne et de la loi française.

Cet argument, qui constitue la prise en considération de la règle de conflit de la loi étrangère pour lui donner un certain effet sur le territoire italien, est une application non douteuse et directe, quoique sous la forme d'un argument subsidiaire, d'un argument à seule fin d'apaisement si on veut, de la théorie du renvoi. L'argument tiré de cet ordre d'idées ne semble point celui qui aurait à lui seul pu déterminer la solution du litige comme par exemple dans l'arrêt *Forgo* (1).

Mais cette manière de raisonner contient une particularité qu'il convient de faire remarquer. A quel titre est rappelée la loi française dans l'ordre de discussion sur la compétence ? Les règles italiennes de droit international privé dans cette matière n'indiquent nullement la loi française ! Nous sommes donc en présence d'une prise en considération de la loi étrangère d'une manière pour ainsi dire directe. En vertu de quelle idée ? Mais de la même idée de la reconnaissance du pouvoir de commandement de la loi nationale, dont ressortit une personne, que nous avons constaté par rapport à la loi territoriale concernant les biens dans l'arrêt de Turin de 1870 (2).

La Cour reprend ensuite, sur le terrain des conflits de lois, un raisonnement très pareil à celui qu'elle a tenu sur le terrain des conflits de juridiction. Elle semble vouloir répondre à l'appréhension que la reconnaissance de la compétence des tribunaux italiens influencerait aussi sur le statut personnel de l'étranger que la procédure influencerait ainsi sur le fond.

On sait, en effet, combien le problème des conflits de juridic-

(1) Voir notre étude au *Clunet*, 1932, pp. 281 et suiv.

(2) *Supra*, p. 184.

tion et de conflits de lois tend à se pénétrer et à se confondre sur le terrain du statut personnel, même quand il est gouverné par la loi nationale et non pas par celle du domicile qui rend alors la confusion toute naturelle (1).

La Cour le nie, elle estime que la procédure qui se déroulerait devant les juridictions italiennes n'est point exclusive du respect dû à la loi nationale de l'étranger régissant son état, sa capacité, ses rapports de famille.

A quelle règle juridique obéit ce raisonnement de la Cour ? Les termes mêmes de l'arrêt ne laissent aucune place au doute. C'est l'article 6 des dispositions préliminaires du Code civil italien. Et remarquons-le, si la Cour ne voulait tenir compte que des règles de conflit de la *lex fori*, cet argument lui aurait entièrement suffi pour justifier sa manière de voir.

Mais comme dans son raisonnement sur la compétence elle cherche aussi l'appui dans les dispositions des conflits de la loi étrangère ayant le pouvoir de commandement, ce n'est pas seulement l'article 6 de la *lex fori*, mais aussi l'article 3 du Code civil français qui assurera à ses yeux l'application de la loi nationale à l'état et à la capacité de l'étranger. En résumé, elle tient compte des règles de droit international privé de la loi étrangère pour corroborer une solution acquise en vertu des règles de la *lex fori*.

Serait-elle allée jusqu'à en tenir compte, et dans quelles conditions l'aurait-elle fait, si cet accord entre les deux systèmes de droit international privé, celui de la *lex fori* et celui de la loi normalement applicable, n'existait pas ?

§ 5. — COUR DE CASSATION DE TURIN, 17 JUIN 1874.

La Cour de Turin, le 17 juin 1874 (2) a rendu un très important arrêt en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Macerata, qui touche à la question du caractère et de la portée relative des règles de conflit de la *lex fori* et de la loi étrangère.

(1) Cf. Milan, §§ 16 et 16 bis.

Cf. Philonenko, Dissertation au *Clunet*, 1929, p. 468 où est exposée la notion de la *res* déterminant la compétence et la loi applicable dans le statut personnel en droit anglo-américain.

(2) *Giur. Ital.*, I, sez. I, pp. 584 et suiv.

Une dame Pescetelli est décédée à Camerino *intestat* et sans laisser de descendants. Sa succession comportait des biens meubles et immeubles, ces derniers situés dans la province de Viterbe, qui formait à cette époque partie des États Pontificaux.

Le mari de la défunte d'une part, les collatéraux d'autre part, se disputaient la succession et la question se posa de savoir quelle était la loi applicable à la partie immobilière de la succession située dans les États Pontificaux.

En effet, à l'époque du décès du *de cuius*, le pouvoir temporel du pape existait encore et les lois pontificales entraient de ce chef en considération. Le Tribunal civil de Camerino, tribunal du lieu de l'ouverture de la succession et sur appel la Cour de Macerata se sont prononcés en faveur de la loi italienne, d'après laquelle selon leurs sentences, la dévolution successorale devait être réglée.

La Cour de cassation dégage d'abord la doctrine de l'arrêt déféré.

« Attendu que la Cour de Macerata... part du principe que le droit successoral étant un des droits tenant à l'état des personnes, ce droit doit être régi par la loi nationale du défunt ou bien par celui de son dernier domicile. L'application de cette doctrine ne saurait, selon la Cour d'appel, nullement être empêchée de ce fait, que les biens constituant la succession, se trouvent en territoire étranger, alors que, comme dans l'espèce, il s'agit de la succession d'un Italien et que, partant, les droits de souveraineté étrangère ne seraient nullement lésés puisqu'ils pourraient, en tant que de besoin, trouver leur application en ce qui concerne la condition économique et civile de la propriété prise en elle-même (1).

« Mais sans discuter le point de savoir si le principe retenu par la Cour d'appel répond mieux à l'enseignement de la doctrine moderne, surtout en tant qu'elle incline à admettre que la *testamenti factio* et le droit successoral en général auraient leur base dans le droit naturel, au lieu de prendre leur source dans le droit civil, on aperçoit bien qu'à l'aide de ce principe il n'est guère possible de résoudre une question pratique et de se pro-

(1) Nel quale caso il diritto della sovranità territoriale non rimane punto leso potendosi pur sempre esplicare in quanto concerne al regime economico civile della proprietà stessa.

noncer sur un point de droit positif parce qu'il n'est nullement prouvé que ce principe soit aussi adopté par la jurisprudence et qu'on ne peut, au contraire, se dissimuler que bien souvent une maxime opposée soit suivie, à savoir que dans la matière successorale, en ce qu'elle touche au droit international privé « tot esse hereditates quot territoria » et que par conséquent la loi applicable, soit à l'ordre successoral, soit à la mesure et à l'étendue des droits successoraux, devrait être celle de *rei sitæ*. L'arrêt attaqué, qui a laissé sans examen ce point et qui s'est arrêté à la conception du statut personnel n'a rien fait de moins que commettre une pétition de principe, quand il a cru pouvoir répondre à l'objection tirée du fait de la situation des biens litigieux à l'étranger (dans les États Pontificaux) qui ne coïncidait pas avec le domicile du défunt, que du moment que la succession de la défunte s'est ouverte dans ce dernier lieu, la loi italienne était la seule compétente pour en régler la dévolution, où que se trouvassent en fait les biens qui en faisaient partie, tandis qu'il était nécessaire de placer la question sur le terrain de la jurisprudence antérieure, se prononçant sur les rapports d'un État avec un autre, concernant les biens situés sur leurs territoires respectifs, quelles que fussent les définitions de la science moderne, qu'elles aient été même traduites par les dispositions actuellement en vigueur du Code italien. »

En poursuivant cette idée, la Cour de cassation s'attache à démontrer tout d'abord que c'est à tort qu'on chercherait à rattacher l'idée d'unité du régime successoral en droit international privé aux principes du droit romain et à la notion de la succession *in universum jus defuncti*, que le droit romain lui-même connaissait l'éventualité où deux successions différentes s'ouvrant à la mort de la même personne qui aurait institué des héritiers différents, — *alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset* (1).

Ayant montré ensuite que c'est à son sens abusivement que la Cour d'appel s'est réclamée de l'autorité des anciens auteurs, de Cujas notamment, pour condamner le principe « tot hereditates quot territoria » et que la Cour de Macerata, préoccupée qu'elle était de faire prévaloir la nouvelle conception basée sur la nature personnelle du droit successoral, a méconnu la défi-

(1) L. 17. § 1. Dig. de test. milit.

inition contraire, qui jusqu'à présent n'a encore été réfutée par personne, la Cour de cassation continue :

« Attendu pareillement que le défendeur au pourvoi, afin d'obtenir le maintien de l'arrêt attaqué, invoque le Règlement Grégorien de 1834, où on lit au Titre VIII que « les étrangers sont capables de succéder *ab intestat* ou en vertu d'un testament et d'acquérir dans les États Pontificaux, si d'après les lois en vigueur dans les pays étrangers, le pouvaient faire aussi les sujets pontificaux et dans la mesure où ils pourraient le faire » (1).

« On prétendrait, en se basant sur cette disposition, que le Pape aurait admis que si, d'après les lois en vigueur en pays étranger, le droit successoral avait été réglé par le statut personnel et comme un sujet du Pape aurait eu le droit de succéder en vertu d'une succession ouverte dans les États romains, également aux biens situés sur le territoire étranger, le même droit compéterait à un étranger dans le cas d'une succession ouverte à l'étranger, c'est-à-dire le droit de venir à la succession des biens situés sur le territoire pontifical en vertu de la loi du lieu de l'ouverture de la succession.

« En d'autres termes, cela reviendra à dire que la prééminence du statut personnel, voire de la loi nationale du défunt, ne serait pas affirmée par ce Règlement d'une manière absolue en qualité de principe général de droit, mais seulement dans les cas où ce principe serait reconnu par d'autres États. »

« Cette interprétation n'est conforme ni à la lettre ni à l'esprit de la disposition en question » et la Cour de développer ces deux raisons. Cette interprétation n'est pas conforme à la lettre du texte qui n'exprime guère autre chose que l'abrogation du droit d'aubaine dans les États du Souverain Pontife, elle n'est pas conforme d'autre part à l'esprit de ce texte en ce que toutes les autres législations considéreraient à l'époque de sa promulgation le droit de succession comme entrant dans le statut réel et il est impossible de concevoir que la législation pontificale se serait inspirée d'un principe différent.

Ayant démontré ainsi l'erreur dans l'interprétation des règles de conflit de la loi étrangère, la Cour continue :

« Attendu qu'il est à peine nécessaire d'insister sur le point

(1) Gli stranieri sono capaci di succedere alle eredità testate ed intestate o di acquistare nello stato pontificio, se e come per le leggi vigenti ne' pæsi esteri sarnno capaci di succedere o di acquistare i sudditi pontifici.

de savoir que les juges du fond ont invoqué sans aucune raison (1) l'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien, comme si en face d'une disposition expresse de notre loi, qui décide que les successions doivent être réglées d'après la loi nationale de la personne, de l'hérédité de laquelle il s'agit, quelle que soit la nature des biens et où qu'ils soient situés, le juge italien appelé à se prononcer sur la succession d'un ressortissant italien ne devrait avoir d'autre préoccupation ni d'autre devoir que celui d'appliquer la loi dans toute sa portée. — Qu'il est manifeste, comme il a été déjà remarqué, que le nouveau principe (2) sanctionné par notre législation de la manière la plus libérale, l'a été dans l'intention de l'adopter de notre côté (3) dans les rapports internationaux avec d'autres États et dans l'espoir que de leur côté, il sera reconnu comme une règle de droit public universel, — mais qu'on n'entendait d'aucune manière l'imposer..., d'où il suit que dans l'espèce en litige, s'agissant des biens situés dans un État étranger, où le droit successoral a été envisagé comme un droit exclusivement territorial, il fallait s'abstenir de faire une application quelconque du principe de l'article 8 C. civ. italien. »

§ 5 bis. — TURIN, 1874. COMMENTAIRE.

La simple lecture de cet arrêt fait bien ressortir sa très grande importance au point de vue des principes fondamentaux de solution des conflits de lois. La Cour d'appel de Macerata, pour se prononcer sur la loi applicable quant à la succession d'une Italienne, s'en est tenue à l'article 8 des dispositions préliminaires. Cette disposition faisant régler la succession par la loi nationale du *de cuius*, la Cour d'appel a déclaré la loi italienne applicable à la dévolution successorale. La question à son avis était de la sorte épuisée. Mais la Cour de cassation de Turin a refusé de donner son approbation à cette manière de voir.

En reprenant la doctrine de son arrêt de 1870 (4) elle estima que la Cour d'appel avait méconnu la vraie portée de la loi italienne de conflit. Pour la Cour de cassation, cette loi ne veut

(1) Senza alcuno consiglio.

(2) Il novello principio.

(3) Dal canto proprio.

(4) *Supra*, § 3, 3 bis, pp. 180-185.

pas dire autre chose que le législateur italien s'est proposé de l'appliquer dans la mesure de son pouvoir, c'est-à-dire de son côté ; ou en d'autres termes plus précis, quand il s'agirait des immeubles et meubles possédés par les étrangers sur le territoire italien, d'admettre l'application de la loi nationale de l'étranger à leur dévolution successorale. Mais il ne chercherait point à imposer cette manière de voir pour les biens se trouvant à l'étranger dans les limites du ressort d'une souveraineté étrangère. La règle italienne régissant les immeubles, car c'est des immeubles qu'il s'agit dans l'arrêt, et il est bon de limiter les déductions que nous en faisons à l'hypothèse même dans laquelle l'arrêt a statué, ne s'appliquerait donc qu'en tant qu'elle viserait les biens sur lesquels la souveraineté italienne aurait un pouvoir de commandement, mais elle laisserait la place aux règles de conflits de la loi étrangère qui émaneraient de la souveraineté compétente pour commander à leur égard.

Après avoir raisonné en restreignant nos déductions aux faits mêmes de l'espèce jugée, il nous sera permis de relever, surtout en le rapprochant de l'argument tiré de l'arrêt de 1870 de la même Cour (1), le caractère plus général de la formule de l'arrêt qui voit un lien nécessaire entre le caractère libéral de la disposition de l'article 8 qui accueille la loi étrangère et l'impossibilité de l'imposer et qui permet de penser que ce principe serait applicable tant par rapport aux biens situés hors du territoire italien, qu'à ceux situés sur son territoire.

Il convient de faire remarquer aussi que de même que dans l'arrêt de la Cour de Turin de 1870 (2) et celui de la Cour de Milan de 1872 (3), la loi étrangère applicable est désignée de la manière directe, en dehors de toute indication des règles de la *lex fori*, en vertu de la seule idée du commandement.

Cette théorie de la Cour entraîne par voie de conséquence inévitable la nécessité pour la Cour de prendre partie sur une autre question aussi fondamentale de droit international privé.

L'interprétation de la loi étrangère, du moins en ce qui concerne ses règles de conflit, échappe-t-elle au contrôle de la Cour de cassation, ou y est-elle soumise ?

Puisque la Cour estime que les règles de conflit de la loi

(1) *Supra*, §§ 3 et 3 bis.

(2) *Supra*, p. 186.

(3) *Supra*, p. 190.

étrangère doivent être mises en regard des règles de conflit de la *lex fori*, et prévaloir sur ces dernières, si elles émanent de la souveraineté à laquelle appartient le commandement sur les immeubles, nous voulons toujours ne pas dépasser les limites de l'hypothèse soumise à la Cour, elle doit nécessairement entrer en discussion du sens et de la portée de ces règles.

La Cour l'a fait, en effet, et sur ce point du moins a considéré l'interprétation de la loi étrangère comme une question de droit et non point une question de fait. Ce point mérite d'autant plus d'être relevé, que la Cour de cassation de Turin a été amenée à envisager la question au point de vue très général, si on le compare avec la position prise par la jurisprudence française et belge dans le même ordre d'idées.

On sait, en effet, que les Cours de cassation (1) de ces deux pays ont plus d'une fois déclaré que la question de l'interprétation des lois étrangères par les juges du fond constitue une simple question de fait et leur fausse interprétation ne serait qu'un simple mal jugé, qui échappe au contrôle de la Cour suprême, sauf cependant les cas où cette fausse interprétation aurait comme résultat la violation de la loi française ou belge à laquelle son défaut d'application a été assimilé.

Si la décision de la Chambre civile, dans l'arrêt Forgo, est différente et si elle prononce la cassation pour la violation de la loi bavaroise (2), il n'en reste pas moins vrai que dans l'espèce cette violation entraînait la non-application de la loi française. Au contraire, dans l'arrêt que nous examinons maintenant, la Cour de cassation de Turin, en redressant l'erreur commise dans l'interprétation de la loi étrangère par la Cour d'appel, l'a fait dans l'intérêt de l'application de la loi étrangère violée.

§ 6. — COUR D'APPEL DE BOLOGNE, 5 JANVIER 1875.

C'est sur le même litige qu'a dû se prononcer, en qualité de Cour de renvoi, la Cour d'appel de Bologne dans son arrêt du 15 janvier 1875 (3).

(1) Cour de cassation de France, Ch. des Requêtes, 9 novembre 1868, S., 1869, I. 122 et *supra*, p. 75.

(2) Voir notre étude au *Clunet*, 1932, pp. 283 et suiv.

(3) *Giur. Ital.*, 1875, pp. 62 et ss.

Après avoir reproduit l'attendu de principe de l'arrêt de la Cour de cassation de Turin, la Cour d'appel continue dans ces termes :

« Attendu, en droit, que les premiers juges ont essentiellement basé leur raisonnement sur une considération arbitraire (1) quand ils ont soutenu que, s'agissant d'une succession d'un ressortissant national déféré à un autre ressortissant national, le fait que les biens héréditaires se trouvent en territoire étranger ne saurait avoir aucune influence sur l'application de la loi du dernier domicile de celui du *de cujus hæreditate agitur* comme si, dans un tel cas, le droit de souveraineté territoriale n'avait pas été lésé.

« Si les choses en avaient été là, il aurait été trop facile de résoudre la question litigieuse, mais elle se présente sous un aspect autrement différent et plus conforme à la réalité.

« La femme d'un ressortissant italien, et partant elle-même Italienne, est décédée *intestat* et sans descendants. Elle laisse des biens immobiliers et des parents collatéraux dans le territoire pontifical. Doit-on appliquer la loi étrangère qui appelle à la succession ces parents par préférence au conjoint survivant ou la loi italienne qui admet aussi ce dernier à certains droits dans la succession. Ou en d'autres termes, à l'égard des biens situés sur le territoire étranger, est-ce au conjoint survivant appartenant à la même nationalité, ou aux collatéraux de la défunte qu'il convient d'accorder la préférence, — à la loi italienne ou à la loi pontificale, — partant, à la loi du domicile ou à celle *rei sitæ*. Or, s'il est certain que presque dans tous les États et de tout temps dans la matière successorale a prévalu la maxime proclamée par le droit international privé et consacrée par la jurisprudence « *tot esse hæreditates quot territoria et patrimonia* », il est incontestable qu'un tel principe avait toute sa force et toute sa portée dans les États Pontificaux. »

La Cour s'arrête sur diverses raisons qui prouvent que tel est en effet l'esprit et la lettre du droit pontifical et elle continue : « Ces institutions avaient d'autant plus pour but de s'appuyer sur la souveraineté territoriale et d'insister sur l'importance du statut réel en face du statut personnel de l'étranger qu'elles se trouvaient de moins en moins conformes à l'évolution de la civilisation » (2).

(1) In fatto foggiato a loro libito.

(2) Quanto più si rendevano disformi dalla civiltà dei tempi.

Après avoir analysé le § 8 du Règlement Grégorien qui traite de la question de succession et démontré qu'il établit fermement la règle de territorialité des successions, la Cour continue :

« Que l'article 8 des dispositions préliminaires au Code italien n'est pas applicable quand il ne trouve pas des dispositions correspondantes (1) dans les législations étrangères par rapport aux biens qui s'y trouvent et une telle correspondance quelque large que soit l'interprétation qu'on adopterait, ne peut pas être déduite du § 8 du Règlement pontifical. »

La Cour termine en complétant les raisons précédemment développées par elle, par d'autres encore tendant à démontrer avec la plus grande évidence possible que la règle pontificale du droit international privé n'aurait jamais admis l'application de la loi étrangère à la dévolution successorale des immeubles sis sur son territoire.

§ 6 *bis*. — BOLOGNE, 1875. COMMENTAIRE.

La Cour de Bologne s'étant ainsi ralliée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui avait renvoyé l'affaire devant elle, il n'y a pas lieu dès lors d'insister sur les termes de l'arrêt, d'autant plus qu'il est consacré surtout à l'analyse des dispositions de conflit de la loi pontificale. Sur un point seulement, il apporte quelques précisions supplémentaires à l'arrêt de la Cour de Turin. La Cour de Bologne indique nettement que l'application des règles de conflit de la loi italienne dans cette matière équivaldrait à l'offense de la souveraineté étrangère, dans le domaine où, comme nous l'avons déjà fait remarquer, sa compétence s'imposait et que dès lors, pour la Cour de Bologne, la règle de conflit de la loi italienne n'aurait pu trouver son application que s'il y avait eu correspondance entre ces dispositions et celles de la loi étrangère de conflit. Que faut-il cependant entendre par cette correspondance : l'identité des deux règles, hypothèse juridiquement dépourvue d'intérêt, ou le renvoi de la loi étrangère à la loi italienne ? La Cour ne dit rien à ce sujet.

(1) Quanto non trovi riscontro.

§ 7. — COUR DE CASSATION DE FLORENCE, 1^{er} DÉCEMBRE 1884.

Nous passons maintenant à l'arrêt de la Cour de cassation de Florence (1) qui a eu à se prononcer dans une affaire intéressant la filiation légitime. Les faits se trouvent exposés dans l'arrêt lui-même.

La Cour : « Attendu que le sieur Trafford, demandeur en cassation, a été assigné par le défendeur au pourvoi Blanc et a demandé que soit déclarée préalablement et au besoin sa qualité de fils légitime du défunt... Trafford, sujet britannique à l'époque de la naissance du demandeur qui a eu lieu à Naples le 8 mars 1821, et citoyen du canton de Zurich au moment de son décès, qui a eu lieu en France le 18 décembre 1878, de juger ensuite qu'il peut prétendre dans la succession paternelle à la part légitime de 9/10^e, et que le défendeur, en sa qualité de légataire universel institué d'après le testament du 4 novembre 1878, pourrait prétendre à 1/10^e, et ceci conformément au § 2028 du Code civil du canton de Zurich, loi nationale du défunt.

« Mais le défendeur Blanc, opposant des exceptions diverses à cette thèse, et contestant la qualité de fils légitime du demandeur, ... celui-ci a entrepris la justification de cette qualité.

« Le Tribunal civil de Florence, par sa décision du 19/25 juillet 1883, en repoussant toutes les exceptions opposées par le défendeur, a fait droit aux prétentions des demandeurs.

« Mais la Cour d'appel, par son arrêt du 4/19 juin 1884, a réformé quant au fond la décision des premiers juges en déclarant que le demandeur n'avait pas de qualité pour agir comme fils légitime de Trafford, et que sur le fondement de l'article 1941 du Code civil de Zurich, le demandeur ne pouvait prétendre aucun droit dans la succession de Trafford ;

« Attendu que le cinquième et le septième moyens du pourvoi reprochent à l'arrêt entrepris la violation de l'article 6 des dispositions préliminaires ou du moins de principe du droit international privé qui s'y trouve sanctionné, en ce que pour juger et résoudre la première et la principale question, à savoir si le demandeur en instance de pétition d'hérédité avait la qualité de

(1) *Annali della Giur. Ital.*, 1885, I, 67.

fils légitime du défunt, alors que cette qualité ayant été contestée par le défendeur, et le demandeur ayant produit les actes de naissance et de baptême, dont il résulterait qu'il était né à Naples le 8 mars 1821, de François-Clément Trafford et de Carmela Pedata, sa femme légitime, avait de la sorte administré la preuve de sa filiation légitime en vertu de la présomption de la loi et ceci jusqu'à preuve contraire incombante au défendeur dont la simple attitude négative ne pouvait suffire, l'arrêt a appliqué la disposition de la loi civile napolitaine en vigueur au moment de la naissance, tandis qu'au contraire il aurait dû appliquer la loi anglaise à titre de loi nationale de la nation dont le père du demandeur était ressortissant au moment de la naissance du demandeur... La décision entreprise reconnaît le principe et proclame que l'état des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent et que la preuve de la filiation légitime doit se faire d'après la loi sous l'empire de laquelle la qualité de fils légitime a été acquise... mais ensuite, loin de s'en tenir au juste principe qu'elle formule en premier lieu de ses considérants, la sentence attaquée vient à affirmer que la question litigieuse, à savoir si le demandeur a ou non prouvé sa filiation légitime, devrait être nécessairement résolue, d'après la règle si connue *locus regit actum*, par la loi napolitaine en vigueur au lieu de sa naissance... que l'arrêt décida que l'acte de naissance établi par l'officier de l'état civil à la date du 8 mars 1821, bien qu'il contienne la déclaration faite par le père sur le point de savoir que le demandeur actuel était né de ses œuvres et de Carmela Pedata, sa femme légitime, ne contenait aucune preuve de la filiation légitime alléguée par le demandeur et contestée par le défendeur. C'est donc tout à fait en vain que l'arrêt déféré se livre à l'examen de savoir si on peut affirmer la même chose d'après la loi anglaise. Il est vrai qu'il aurait dû se rapporter à la loi anglaise pour établir que « fils légitime est celui qui naît du mariage de ses parents », mais il ne suffisait pas à se rapporter à cette loi pour la définition juridique de la filiation légitime, il convenait aussi d'examiner quelles étaient les exigences de la même loi quant à la preuve de la filiation légitime contestée dans cet ordre d'idées. L'erreur commise par l'arrêt attaqué est manifeste, en ce que pour appliquer la loi napolitaine, il invoque la règle *locus regit actum* en exagérant la portée et en oubliant

que le lieu détermine seulement les solennités et les formes extrinsèques d'un acte, mais que la valeur de celui-ci et les effets qui peuvent s'ensuivre dans les rapports entre les personnes, intéressées à l'acte, dépendent de la loi nationale de ces personnes. Il n'y a pas lieu dès lors à ce que la Cour fasse droit à cette prétention du défendeur au pourvoi, qu'étant donné qu'il faut se référer à la loi anglaise pour décider de la question on aboutirait toujours à la loi napolitaine, pour cette raison qu'un Anglais domicilié dans un état étranger est régi quant à sa capacité par la *lex domicilii* et que le défunt avait son domicile à Naples en 1821 au moment de la naissance du demandeur en cassation. L'arrêt déféré ne dit pas à la vérité que Trafford, sujet britannique, avait son domicile à Naples. En tous cas, l'arrêt déféré n'ayant pas examiné la portée de la loi anglaise applicable, cet examen doit être laissé à la juridiction du renvoi. » Après avoir admis que si les tribunaux sont censés ignorer la loi étrangère, la Cour de cassation ajoute toutefois « que la Cour d'appel aurait tout de même mieux fait d'avoir demandé que la preuve de la loi étrangère, dont l'application est imposée par la *lex fori* fût rapportée » (1). L'arrêt de la Cour d'appel fut cassé.

§ 7 bis. — FLORENCE, 1884. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de cassation de Florence se résume en un motif de cassation, d'une part, et en un reproche adressé aux juges du fond, d'autre part.

Le motif de cassation est évident. L'arrêt attaqué a commis une erreur de droit manifeste en ce qu'il a abandonné la question de l'existence du lien de filiation légitime d'un Anglais à la loi locale, loi napolitaine en vertu de la règle *locus regit actum*, au lieu de la faire régir par le statut personnel de l'intéressé.

La filiation se rattachant à la constitution de la famille et étant ainsi une question d'état des personnes, les modes de sa preuve sont impérativement établis par la loi et ressortissent

(1) Non potrebbe escludersi che la Corte di merito avesse potuto... piuttosto ordinare la omessa produzione della legge straniera, che per precetto espresso dalla legge patria doveva applicare.

dans le plan des conflits du statut personnel ; — ce n'est nullement le problème des conditions d'expression juridiquement suffisante de la volonté, question de formes protectrices de la volonté en droit interne, ressortissant de la règle *locus regit actum* en droit international.

Par conséquent, la question débattue devant la Cour, question d'état, ne pouvait être soumise, à l'exclusion de toute autre loi, qu'au statut personnel du défunt, père de l'enfant dont la filiation légitime était discutée.

Seulement, le défendeur au pourvoi répliquait qu'en fût-il ainsi, cette erreur du droit international était sans importance parce que la filiation devait néanmoins être déterminée par les dispositions de la loi locale devant intervenir à titre de loi du domicile, le défunt ayant été domicilié à Naples au moment de la naissance de son fils dont la qualité de légitime formait l'objet du litige. Allusion directe à la théorie du renvoi. La Cour de cassation devait-elle prendre position à l'égard de cette question ? Sans doute, elle aurait pu le faire, mais elle a préféré la réserver en indiquant tout simplement que la Cour d'appel n'a pas constaté que le défunt avait eu son domicile à Naples en 1821, non sans une nuance de regret. « Veramente » à la vérité, dit la Cour.

C'est cette nuance qui explique, semble-t-il, que la Cour de cassation, sans se borner à écarter ainsi l'argumentation de la défense au pourvoi et justifier la cassation de l'arrêt déféré, ajoute encore un reproche à sa censure. La Cour d'appel aurait mieux fait d'examiner la loi anglaise ; — si elle est censée l'ignorer, elle aurait dû demander que la preuve des dispositions de cette loi lui fût rapportée.

Mais du moment que l'examen de la loi étrangère n'a pas été entrepris par les juges du fond, la Cour de cassation était privée, selon l'arrêt, du pouvoir de l'examiner à son tour et a dû se borner à l'indication que cet examen devra être entrepris par la Cour d'appel de renvoi.

De cette indication jointe au reproche adressé à l'arrêt cassé, il semble résulter que la Cour de cassation n'exclut pas nécessairement la théorie du renvoi et que même tout en se réservant, elle lui est assez favorable dans ce cas du moins où le renvoi est le fait de la loi nationale à laquelle appartient le pouvoir de commandement sur la personne.

Dans cet arrêt, ce problème apparaît du même coup lié à

la théorie de la preuve de la loi étrangère et le pourvoi en cassation pour sa violation ou sa fausse interprétation, liaison que nous avons déjà dégagée sous sa forme plus générale, en commentant l'arrêt de la Cour de Turin du 17 mai 1874 (1). Mais si on rapproche son attitude de celle de la Chambre civile dans l'affaire Forgo, on constate que la Cour de Florence n'a pas cru devoir aller aussi loin que la Cour de cassation de France (2).

Sans doute, elle considère que les juges du fond ont dû ordonner que la preuve de la loi étrangère soit rapportée, elle ne l'envisage pas ainsi comme un simple fait, dont la preuve ne peut jamais être imposée par le juge, mais seulement admise, si elle est sollicitée par les parties.

Mais elle n'a pas cru devoir le faire ordonner elle-même, voire procéder d'office à l'examen nécessaire, comme l'avait fait la Cour de cassation française.

§ 8. — COUR D'APPEL DE MILAN, 20 AVRIL 1894.

Le 20 avril 1894, la Cour de Milan (3) a eu à juger une affaire dans laquelle s'est posé de nouveau le problème de la portée des règles de conflit de la loi étrangère.

Voici les termes de l'arrêt :

« Les parties ont longuement discuté, surtout devant ce siège, si c'est la loi française ou la loi autrichienne qui doit s'appliquer à l'obligation de restituer la dot ; que s'il est vrai que les conventions matrimoniales sont un accessoire du mariage et en suivent le sort, et si on peut admettre que la femme contractant mariage avec l'étranger dont elle est disposée à accepter le domicile, pense par cela même à un pays étranger où elle organisera son foyer, où elle fondera une famille et où, en son temps, elle devra demander la restitution de ses biens dotaux, ce fait ne permet pas de présumer qu'avant ce temps elle aurait voulu se préparer à subir les lois d'un État étranger.

(1) *Supra*, pp. 26-29.

(2) Voir mon étude au *Clunet*, 1932, pp. 281 et suiv.

(3) *Monitore dei Tribunali*, 1894, p. 575.

« C'est déjà une grande exagération que de ne pas admettre qu'on puisse ignorer la loi de son propre État, mais ce serait quelque chose de beaucoup plus invraisemblable encore, que de supposer chez la femme qui se prépare à contracter mariage, la connaissance des lois de l'État auquel appartient son futur mari, ou au contraire de présumer que sans la connaître, elle aurait voulu, sans que cela soit nécessaire, s'y soumettre ; tandis qu'au contraire, le futur, en se rendant pour contracter mariage dans l'État de la future, en y stipulant la dot et y procédant à la cérémonie du mariage, se montre de par ce fait disposé à accepter les lois de l'État auquel appartient la future avant et au moment du mariage. Indépendamment de cela, les législations en vigueur révèlent la préoccupation des divers États de protéger leurs citoyens non seulement dans l'intérieur du territoire, mais dans une certaine mesure au delà de ses limites, partout où ils se rendraient et les §§ 35 et 36 du Code civil autrichien (1) disposent que dans les contrats bilatéraux passés sur le territoire entre un citoyen et un étranger s'applique sans exception la loi autrichienne et seulement dans les actes juridiques unilatéraux dans lesquels un étranger consent à un national quelque droit sans que celui-ci assume une obligation réciproque, pourra s'appliquer cette loi étrangère si elle était la plus favorable à la validité de l'acte.

« Il n'y a pas de doute qu'un contrat de constitution de dot est bilatéral, d'où la nécessité qu'il y a d'observer la législation autrichienne, à quoi d'ailleurs ne s'oppose guère le Code civil français qui déclare dans son article 3 que les Français même résidant à l'étranger sont régis par leur loi nationale en ce qui touche la capacité et l'état des personnes, la légis-

(1) Art. 35 : « Ein von einem Ausländer in diesem Staate unternommenes Geschäft, wodurch er andern Rechte gewähret, ohne dieselben gegenseitig zu verpflichten, ist entweder nach diesem Gesetzbuche, oder nach dem Gesetze, dem der Fremde als Untertan unterliegt, zu beurteilen ; je nachdem das eine oder das andere Gesetz die Gültigkeit des Geschäftes am meisten begünstigt. »

Art. 36 : « Wenn ein Ausländer hierlandes ein wechselseitig verbindendes Geschäft mit einem Staatsbürger eingeht, so wird es ohne Ausnahme nach diesem Gesetzbuche ; dafern er es aber mit einem Ausländer schliesst, nur dann nach demselben beurteilt, wenn nicht bewiesen wird, dass bei der Abschliessung auf ein anderes Recht bedacht genommen sei. »

lation française laisse évidemment le Français libre en ce qui concerne la forme des actes et un argument indirect peut être tiré de l'article 6 d'après lequel il est interdit de déroger par des conventions particulières seulement aux lois intéressant les bonnes mœurs et l'ordre public ; et ceci pour ne pas parler d'autres dispositions du Code lui-même, comme celles des articles 47 et 170, d'après lesquels est reconnue la légalité des actes rédigés à l'étranger conformément aux lois étrangères, — le dernier de ces articles dispose : « ...Le mariage contracté en pays étranger entre Français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays. »

« Et qu'on ne dise pas que ces dispositions concernent la question de forme et non celle de fond, et que la constitution de la dot est un des contrats dans lesquels il faut prendre en considération la loi du domicile, où les époux s'installent après le mariage, ce qu'affirmerait d'ailleurs la loi 65 au titre de *judiciis* ; « non eum locum spectari oportet in quo instrumentum dotis factum est, sed eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura ». Cette loi, en réalité, vise plutôt la compétence et cherche à désigner le juge devant lequel l'action en restitution de la dot doit être portée, et rien ne s'oppose à ce que les magistrats puissent se prononcer sur la preuve de la constitution de dot, en partant de la loi autrichienne en vertu du principe *locus regit actum*, sans contredire pour cela les dispositions des articles 92 du Code civil autrichien et 108 du Code civil français (1) en vertu desquels, par le fait de mariage signora Elisa Liebmann, à partir du 7 mars 1887, devenait citoyenne française et demeurait telle jusqu'à la dissolution du mariage avec Bernheim et sans contredire également l'article 37 du Code civil autrichien aux termes duquel « si les étrangers entrent dans un pays étranger en rapports juridiques avec des étrangers ou avec des sujets autrichiens, ils doivent être jugés d'après les lois du lieu où l'affaire a été conclue, sauf les exceptions qui y sont envisagées » (2).

(1) Art. 108 C. civ. français : « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. »

(2) Art. 37 : « Wenn ein Ausländer mit Ausländern, oder mit Untertanen dieses Staates im Auslande Rechtsgeschäfte vornehmen, so sind sie nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen worden, zu beurteilen ; dafern bei der Abschliessung nicht offenbar ein anderes

« D'ailleurs, la discussion est presque platonique parce que dans l'opinion de la Cour, la preuve de la constitution de la dot n'est rapportée ni au point de vue de la loi française, ni au point de vue de la loi autrichienne. »

§ 8 bis. — MILAN, 1894. COMMENTAIRE.

La conclusion de caractère purement négatif à laquelle aboutit l'arrêt n'en diminue aucunement l'intérêt théorique. Peut-être même pourrait-on dire que cette circonstance est de nature à conférer d'autant plus d'autorité à cette décision parce que les magistrats qui l'ont rendue n'étaient ni influencés par des circonstances de fait, ni ne sauraient être soupçonnés d'avoir plié la loi et subordonné leurs raisonnements juridiques à la justification d'une solution acquise d'avance pour des motifs de sentiment ou d'équité souvent un peu vagues et étrangers aux vraies raisons de droit.

Essayons-donc de retracer la marche assez compliquée qu'a suivie l'arrêt dans ses raisonnements.

L'arrêt se décompose nettement en deux parties.

Tout d'abord, d'après les principes généraux inspirés sans doute par des règles de la *lex fori*, quoique les termes de l'arrêt ne contiennent aucune indication nette à cet égard, il cherche à déterminer la loi applicable au litige.

La constitution de dot étant une convention matrimoniale, la Cour raisonne sur la base du statut d'autonomie et en écartant la loi du foyer qu'on applique depuis Dumoulin à titre de présomption légale de la volonté des parties ou plus exactement de règle objective appelée à résoudre ce genre de difficultés dans le silence des parties (1), elle s'applique à rechercher la volonté vraisemblable des futurs époux.

La Cour aboutit ainsi à se prononcer en faveur de la loi autrichienne, — loi autrichienne interne, remarquons-le bien.

Mais le raisonnement s'arrête-t-il là, comme il aurait pu

Recht zum Grunde gelegt worden ist, und die oben im § 4 enthaltene Vorschrift nicht entgegensteht. »

(1) Voir sur le vrai caractère de ces présomptions dans la matière contractuelle en droit international privé en général : Philonenko au *Chunet*, 1933, pp. 1017 et suiv.

arriver, son but, la détermination de la loi applicable, ayant été atteint ?

Non. La Cour estime que la même solution se justifierait par un autre raisonnement ayant pour base une idée tout à fait différente et elle y consacre la seconde partie de l'arrêt. La Cour fait remarquer, en effet, que les législations en vigueur dans divers États cherchent à protéger leurs citoyens, non seulement à l'intérieur de leur territoire, mais dans une certaine mesure au delà de ses limites, partout où ils se rendraient (1).

La Cour prend par conséquent pour base de ses développements ultérieurs les règles de conflits des législations étrangères intéressées, et elle va arriver à justifier sa solution dans cet ordre d'idées également. Elle envisage donc d'abord les règles spéciales édictées par la loi autrichienne, quant aux conflits qui pourraient naître du fait de la conclusion sur le territoire autrichien de contrats bilatéraux.

Mais précisons immédiatement le fondement sur lequel la Cour base l'application de la loi autrichienne ; nous verrons ensuite la conclusion qu'on peut tirer du caractère de cette application.

Remarquons que la Cour n'applique pas la règle de conflit de la loi autrichienne en vertu du renvoi. Ce n'est pas parce qu'elle est arrivée à reconnaître la loi autrichienne applicable en vertu des principes de conflit de la *lex fori*, comme conséquence de son raisonnement dans la première partie de l'arrêt que la Cour reprendrait cette loi dans son ensemble avec les règles de conflit y compris, pour suivre ses solutions de droit international privé. S'il en était ainsi, ce serait l'application habituelle de la théorie du renvoi. Mais il ne faut pas s'y méprendre. La Cour veut établir la seconde partie de son arrêt sur un raisonnement nouveau et indépendant de la première. « Indipendentemente da cio »... (1), c'est en ces termes qu'elle introduit sa nouvelle argumentation.

Le fait qu'elle prend en considération, non seulement la loi autrichienne, que les règles de la *lex fori* semblent désigner, mais aussi la loi française qu'elles ont écartée n'en est-elle

(1) Indipendentemente da cio i codici rivelano la preoccupazione dei singoli Stati nel tutelare i propri connazionali non solo entro i confini dello Stato ma in certi limitianche al difuori ovun que si rechino.

pas la meilleure preuve ? Mais quelle est, dès lors, l'idée directrice qui inspire ces raisonnements ?

C'est que sans doute, en invoquant ce fait que les législations modernes cherchent à protéger leurs ressortissants tant sur le territoire national qu'en dehors de ses limites, les magistrats de Milan, sans se poser la question avec cette netteté, ont pensé qu'en dehors de toute règle écrite de droit international privé, tout État, en vertu de son pouvoir de commandement sur ses ressortissants, a le droit d'édicter des règles légales les concernant et que s'agissant d'un étranger, il faut s'adresser tout d'abord à la loi de cet étranger pour voir comment elle dispose à son égard, que ce soit dans les limites du territoire ou même en dehors.

Dans cet ordre d'idées, la Cour fait d'abord appel à la loi autrichienne, loi nationale de la femme, et elle retient les articles 35 et 36 du Code civil autrichien qui disposent que dans les contrats bilatéraux passés sur le territoire autrichien entre un citoyen autrichien et un étranger, s'applique sans exception la loi autrichienne (1). La constitution de dot s'analysant en un contrat bilatéral et ayant eu lieu sur le territoire autrichien, la Cour arrive donc à cette conclusion que, d'après les règles de conflit de la loi autrichienne, c'est cette loi qui est applicable.

Mais avant de la retenir définitivement, l'arrêt cherche à démontrer que les règles de conflit de la loi française, la loi à laquelle appartient le pouvoir de commandement et de protection sur le mari, Français de nationalité, ne s'y opposent pas. Il est inutile, dans l'ordre d'idées qui nous occupe, de continuer à suivre par le menu ce dernier raisonnement, fondé sur l'interprétation assez audacieuse des règles de conflit de la loi française et sur la manière notamment dont la Cour sollicite la règle *locus regit actum*. Ce qu'il convient de retenir, c'est que la Cour de Milan, en suivant sa propre jurisprudence (arrêt du 1^{er} juillet 1872), ainsi que celle de la Cour de cassation de Turin (arrêts du 22 décembre 1870 et du 17 mai 1874), opère la prise en considération directe de la loi étrangère à laquelle appartient le pouvoir de commandement, retenue dans son ensemble du droit interne et des règles de conflit.

Toutefois, nous ne devons pas terminer ces développements

(1) *Supra*, p. 205, note 1.

avant d'avoir fait un rapprochement entre la première partie du raisonnement de l'arrêt et la seconde.

Toutes les deux aboutissent à la même solution. La loi autrichienne est retenue comme applicable à la constitution de la dot. Mais dans la première partie n'est retenue de toute évidence que la loi autrichienne interne, alors que dans la seconde la loi autrichienne est invoquée dans son ensemble avec ses règles de conflit.

Pourquoi cette différence.

Mais parce que dans la première partie du raisonnement, la loi autrichienne est invoquée comme celle à laquelle auraient dû vraisemblablement penser les parties au contrat de mariage. Or, est-il vraisemblable qu'elles auraient pu s'occuper du renvoi ou de l'autorité des règles de conflit ? Au contraire, dans la seconde partie, la loi autrichienne est invoquée comme la loi ayant le pouvoir de commandement.

Comment, dès lors, ne pas retenir les règles de conflit qui justement fixent les limites de la portée de la loi que celle-ci entend déterminer ?

Et en définitive, apparaît la vraie économie de l'arrêt, la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, sauf à savoir, si le pouvoir de commandement des souverainetés intéressées ne met pas en échec son choix.

§ 9. — COUR D'APPEL DE CATANZARO, 1^{er} MAI 1894.

La Cour d'appel de Catanzaro a eu à se prononcer (1) dans un litige intéressant la succession d'un Italien naturalisé Canadien, qui avait laissé des biens tant en Italie qu'en Belgique ; elle a raisonné comme suit sur l'exception d'incompétence qui a été proposée.

« On prétend que Cosentini a eu son dernier domicile en Belgique et que c'est là par conséquent que s'est ouverte sa succession, étant donné que le dernier alinéa de l'article 94 du Code de procédure civile est applicable aussi aux successions des étrangers ouvertes à l'étranger d'après l'opinion quasi-universellement admise par la jurisprudence, que la Cour croit devoir suivre comme bien fondée, tant en vertu des principes de droit international privé que des dispositions législatives.

(1) *Giur. italian.*, 1894, Parte I, Sc. II, Colonne 368.

Le principe soutenu fermement par les Codes des divers États italiens antérieurs au Code civil actuel, maintenu toujours par le Code civil français, est que les immeubles même appartenant à une succession déjà ouverte sont subordonnés à la loi de l'État dans lequel ils sont situés et que par conséquent les actions qui y sont relatives sont de la compétence des tribunaux de leur lieu. Le Code italien, comme on est accoutumé de le dire, fait place à une innovation hardie dans ce domaine, en disposant que la matière des successions, comme touchant au droit de famille, doit être réglée non point par le statut réel, mais par le statut personnel, et par conséquent, par l'article 8 des dispositions préliminaires il déclare que les successions légitimes et testamentaires, qu'il s'agisse de l'ordre successoral ou de l'étendue des droits successoraux et de la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté sont gouvernées par la loi nationale de la personne de l'hérité de laquelle il s'agit, quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils se trouvent. Mais cela ne veut pas dire que les Tribunaux italiens n'aient pas de juridiction pour connaître et juger des actions successorales relatives aux biens héréditaires situés dans le Royaume d'Italie.

« En effet, cette juridiction du lieu fondée sur le principe de la souveraineté territoriale et de la protection que l'État accorde aux étrangers ainsi qu'aux nationaux, en ce qui touche les biens situés dans l'État est maintenue par l'article 7 des mêmes dispositions préliminaires et les articles 93 et 105 du Code de procédure civile, ne saurait être abandonnée par le législateur italien.

« Il suit de l'article 8, qui déclare applicable la loi nationale du *de cuius* que cette disposition est écrite aussi concernant la compétence des tribunaux italiens et que la juridiction des tribunaux italiens trouve son fondement dans le même article 8, aussi en ce qui concerne les successions des étrangers ouvertes à l'étranger, car les principes énoncés ne tolèrent pas la distinction entre les successions des étrangers ou des nationaux ouvertes à l'étranger ou dans le Royaume. En somme, le législateur italien désire seulement établir l'application de la loi nationale de l'étranger par rapport à l'ordre successoral, à l'étendue des droits successoraux et à la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté ; mais la juridiction des tribunaux italiens reste entière, pour application de telle ou

telle loi en matière successorale, de même que cela a lieu en matière d'état et de capacité des étrangers et dans les questions touchant à la validité des actes passés à l'étranger.

« Et qu'on ne dise pas qu'en raisonnant de la sorte, on remet en vigueur l'ancienne règle « tot hereditates quot territoria » que le législateur italien a voulu abroger. Il est certain que le législateur d'un État ne peut pas imposer ses lois aux autres États dont chacun est régi par ses lois propres ; et il n'y a aucune loi ou traité international qui imposerait une règle commune ; par conséquent, même quand il *est établi par un État* que la succession ouverte dans un pays doit être réglée par la loi du lieu où la succession s'ouvre, où que se trouvent les biens en dépendant, une règle pareille n'empêche pas qu'un autre État soumette les biens situés dans son propre territoire à ses lois propres.

« Mais il est certain que quand les tribunaux italiens appliquent les lois nationales du *de cuius*, par rapport aux biens situés en Italie, il ne s'ensuit pas qu'ils fassent revivre de la sorte le principe « tot hereditates quot territoria ». Si, par conséquent, le législateur dispose dans le dernier alinéa de l'article 94 du Code de procédure civile, conformément au concept d'*unitas universa* de l'hérédité, à l'économie même de la matière (1) à la plus grande commodité des parties dans l'intérêt de la plus grande réduction des dépenses et de la plus grande facilité à se procurer les documents relatifs aux biens héréditaires, tous ces critères traditionnels imposés par l'ancienne sagesse qui gouvernent les règles générales de compétence sans distinguer si la succession ouverte hors du royaume appartient à un national ou à un étranger, que les actions envisagées par cet article doivent être portées devant l'autorité judiciaire du lieu dans lequel se trouve la plus grande partie des biens immobiliers et mobiliers à partager et à défaut d'un tel endroit devant le tribunal du lieu dans lequel le défendeur a son domicile, ceci ne déroge pas, en ce qui concerne les successions des étrangers, au principe du droit international

(1) Al principio della continenza della causa.

Art. 94 du Code de Pr. Civ. It. *in fine* : « Quando la successione siasi apperta fuori del regno si propongano davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, e, in difetto, davanti quella del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza ».

« *mobilia sequuntur personam* » du moment que ce sont les lois nationales du *de cujus* qui seront appliquées. Et aucune distinction ne devait être faite, du moment que l'article 8 des dispositions préliminaires n'a apporté aucune dérogation à la juridiction des tribunaux italiens, et qu'elle résulte des principes du droit international auxquels on a fait déjà allusion.

« La seule chose qu'il importe de faire remarquer, c'est que le dernier alinéa de l'article 94, embrassant diverses hypothèses, doit être appliqué avec discernement, pour éviter les conséquences absurdes en retenant par exemple que, s'agissant des successions des Italiens ouvertes en pays étranger, s'il n'y a pas de biens en Italie, la compétence des tribunaux italiens serait déterminée par le domicile du défendeur ; par conséquent, dans l'hypothèse des successions ouvertes à l'étranger, s'il n'y a pas de biens en Italie, les tribunaux italiens ne seront pas compétents, car on ne saurait appliquer la règle de la compétence qui la détermine d'après le domicile du défendeur, étant donné que dans cette hypothèse n'existeraient point en Italie de biens du défunt par rapport auxquels aurait pu être fondée la juridiction des tribunaux italiens, concernant les successions des étrangers ouvertes à l'étranger.

« Que conformément à ces principes, c'est la loi du Canada, c'est-à-dire la loi du pays dont Cosentini se réclame, qui doit être prise en considération, que l'article 39 du Code de procédure civile du Canada déclare que, quand la succession d'un citoyen du Canada ne s'est pas ouverte au Canada, sont compétents pour connaître des actions qui pourraient avoir lieu à ce sujet, les tribunaux du lieu où sont situés les biens, ou ceux du dernier domicile du défendeur ou des défendeurs.

« Cette disposition est à juste titre invoquée par le défendeur, tandis que, selon le demandeur, la compétence devrait être attribuée aux magistrats du pays, dont la loi règle le rapport juridique en discussion. »

§ 9 bis. — CATANZARO, 1894. COMMENTAIRE.

Le raisonnement des magistrats de Catanzaro est assez curieux. Le débat dont ils étaient saisis se développe autour de l'interprétation si discutée de l'article 8 des dispositions préliminaires et sur le point de savoir notamment, et c'est cela

qui distingue cette espèce particulière, si l'article 8 ne devrait pas être considéré, non seulement comme une disposition de conflit de lois, mais de conflit de juridiction aussi (1).

En rapprochant cette disposition des règles du Code de procédure, articles 93 et 103 notamment, la Cour arrive à l'interpréter comme attributive de compétence des tribunaux italiens. Du moment qu'il y a des biens situés en Italie et que la loi nationale du *de cuius* doit être appliquée à leur dévolution successorale, c'est aux tribunaux italiens qu'il appartient d'assurer l'efficacité de cette application. C'est dans le même ordre d'idées que la Cour apporte cette réserve à l'article 94 du Code de procédure italien, que l'absence de biens héréditaires en Italie rend les tribunaux italiens incompétents même à l'égard des successions des Italiens.

La Cour s'attache ainsi surtout à l'idée d'efficacité de sa décision, sans trop se préoccuper de sa légitimité au point de vue international.

Elle n'évite même pas un reproche qui lui fut adressé au point de vue du droit italien, celui d'avoir réintroduit la maxime « *tot hereditates quot territoria* », contraire au principe même de l'*unitas hereditatis* dont se serait inspiré le législateur dans l'article 8. Car si elle était saisie d'une action ne portant que sur la dévolution de la partie des biens héréditaires soumis à sa juridiction et y appliquait d'après l'article 8 la loi nationale du défunt, il se pourrait que les tribunaux étrangers, connaissant de la dévolution d'autres parties de la succession, y appliquassent une loi autre que la loi nationale du *de cuius*. Le reproche est pertinent, et la Cour n'arrive pas à y répondre suffisamment. Elle est amenée même à reconnaître que les juridictions étrangères pourront de la manière la plus légitime appliquer dans cet ordre d'idées une autre loi que la loi nationale du défunt, et cela d'autant plus, pourrait-on ajouter, que la Cour de Catanzaro raisonne dans l'espèce, non pas sur la succession des Italiens, mais aussi sur celle des étrangers.

La Cour maintient donc, par la voie de simple affirmation, l'application de l'article 8 des dispositions préliminaires.

On pourrait sans doute en déduire que la Cour de Catanzaro

(1) On peut comparer dans cet ordre d'idées l'extension qu'on a donnée à l'art. 3, § 2 du Code civil français qui a été entendu aussi, non seulement comme texte de conflits de lois, mais comme texte attributif de compétence juridictionnelle aussi.

appartient aux tenants de la portée absolue de l'article 8, par conséquent de la portée absolue des règles de conflit de la *lex fori* aussi.

Mais les observations finales de la Cour permettent-elles une telle conclusion ?

Elle se déclare compétente, en effet, en dernier lieu, pour cette raison que la loi nationale du *de cuius*, la loi canadienne notamment la considère comme telle.

Par conséquent, la Cour de Catanzaro applique d'abord la loi canadienne en vertu de l'article 8 des dispositions préliminaires, en tant que la loi qui doit régir le fond du litige et sur le plan des conflits des lois elle l'applique dans ses dispositions internes seulement, abstraction faite des dispositions de conflit, mais ensuite, passant sur le terrain des conflits de juridiction et se rapportant toujours à la même loi canadienne, elle prend en considération aussi ses règles de conflit de juridiction.

Comment expliquer ce manque apparent de toute logique ?

Il nous semble que la réponse doit être cherchée dans cette considération que la Cour rejette les règles de conflit de la loi étrangère en tant qu'elles sont en contradiction avec les règles de la *lex fori*, elle n'a pas ainsi tenu compte des règles de la loi canadienne qui subordonnent la dévolution successorale à la *lex rei sitæ*, ce qui la mettrait en opposition avec la loi italienne la subordonnant à la loi nationale du défunt, mais elle a retenu les règles de conflit de juridiction de la loi canadienne, parce qu'elles venaient corroborer les règles de la loi italienne sur lesquelles la Cour a fondé sa compétence.

Ainsi, l'arrêt de la Cour de Catanzaro répond à cette question que nous nous sommes posée en commentant l'arrêt de la Cour de Milan de 1872 (1), dans lequel aussi les solutions tirées des règles de conflit d'une loi prise d'abord en considération, venaient d'être appuyées par l'autorité des règles conformes d'une autre loi qu'on aurait pu faire intervenir dans le conflit.

Selon l'arrêt que nous commentons maintenant, il faut conclure que, quand la première loi dont les règles de conflit sont prises en considération est la *lex fori*, sa solution doit l'emporter sur celle de la loi étrangère qui lui serait contraire.

L'arrêt de Catanzaro doit donc être considéré comme ayant

(1) *Supra*, p. 189.

écarté le renvoi, non sans avoir tenu compte des règles de conflit de la loi étrangère.

§ 10. — COUR D'APPEL DE PALERME, 23 DÉCEMBRE 1892.

La Cour de Palerme a affirmé la portée absolue de l'article 8 des dispositions préliminaires dans son arrêt du 23 décembre 1892 (1) dans un cas où il s'agissait de savoir si des sujets italiens pouvaient se prévaloir des droits découlant de l'institution des substitutions fidéicommissaires sur les immeubles situés à l'étranger ou si ces substitutions, ayant été abrogées par la loi italienne (article 24 des dispositions transitoires du 30 novembre 1865) qui devenait applicable en vertu de l'article 8 des dispositions préliminaires, les droits en résultant ne devaient pas être considérés comme éteints.

Après avoir constaté que cette dernière loi était déjà entrée en vigueur au moment de la mort du grevé, la Cour fait remarquer « que les appelants opposent à la thèse de l'extinction de ces substitutions le fait qu'elles grèvent des biens situés dans un pays étranger (l'île de Malte notamment) où elles sont des institutions permises et que par conséquent elles ne pouvaient pas être abrogées par les lois prohibitives du Royaume d'Italie, en tant qu'aux yeux de la loi italienne elle-même, *les biens immobiliers sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés* (article 7 des dispositions préliminaires).

« Ainsi, par application du statut réel des lois anglaises, les fidéicommissaires de la famille Sceberras subsisteraient toujours sans aucun changement. »

« Mais invoquer de la sorte l'application du statut réel des lois anglaises et maltaises aux droits successoraux des citoyens italiens équivaut sans plus à affirmer que la souveraineté territoriale de la Grande-Bretagne aurait une juridiction légitime pour régler en Italie ces droits successoraux que les lois du Royaume veulent soumettre expressément à leur empire. »

« Car premier, parmi toutes les autres codifications de l'Europe, le Code civil du Royaume d'Italie a proclamé dans une

(1) *Circolo Giuridico*, 1892, 2^e partie, pages 317 à 326.

forme solennelle d'une loi que... (suit le texte de l'article 8). »

Après avoir montré la supériorité de la loi italienne qui fait découler la loi applicable aux successions du statut personnel et la rattache ainsi à la doctrine romaine de l'unité de l'universalité successorale, basée sur la succession à la personne des membres de sa famille, par rapport au statut réel parce que ce n'est pas le territoire, mais le sang qui crée les héritiers (1), la Cour continue :

« Il suit de ce qui vient d'être dit, que le fait de la situation des immeubles héréditaires sur le territoire anglais, ne soumet pas le litige au statut réel et territorial maltais, *ni quant à l'ordre successoral, ni quant à l'étendue des droits successoraux...*, tout ceci est réglé par le législateur italien en fonction de la loi nationale de celui *de cujus hereditate agitur*. »

« Que soit sanctionné aussi par le législateur italien le principe d'après lequel les immeubles sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés, le législateur italien y apporte l'exception de l'article 8 des dispositions préliminaires. »

« Par conséquent, d'après les lois italiennes, est observé et respecté le statut réel en tout ce qui ne touche pas aux droits successoraux, mais quant aux droits successoraux, le statut réel cède le pas, et cela par une exception expresse, au statut personnel. »

« Cependant, les appelants prétendent que les fidéicommiss de la famille Sceberras auraient bénéficié d'une existence légale même après la promulgation du Code civil italien, et cela à tel point que même des dérogations spéciales ont été sollicitées et obtenues du Tribunal civil de Malte par les demandeurs eux-mêmes en 1883. »

« Le Code civil italien, selon eux, ne pouvait avoir l'autorité et la puissance nécessaires pour abroger les fidéicommiss constitués par les ressortissants anglais sur les biens immobiliers

(1) I diritti successorî delle erede dipendano da codesti rapporti giuridici ; codesti diritti derivano dal sangue e dai diritti di famiglia, che legavano l'erede al suo autore. E veramente non è il territorio dell'isola di Malta, che ha creato credi e successibili i componenti le famiglia Sceberas ; i loro diritti successorî derivano e dipendono dai rapporti di sangue coi loro autori, che non dipendono in alcun modo dal territorio maltese ; diritti di sangue e di famiglia, essi o sono o non sono da per se stessi ; ma quando sono esistenti esistono da pertutto e in qualunque luogo, in Italia o nella Gran Bretagna.

situés sur le territoire anglais, parce qu'il n'est pas possible au législateur d'un État d'étendre et d'appliquer l'autorité de ses lois aux personnes et aux choses appartenant à un autre État sans léser les droits de souveraineté propres à chaque État particulier. »

« Il y aurait, selon eux, deux statuts réels et territoriaux coexistants, l'un le statut italien qui a abrogé les fidéicommiss, l'autre le statut anglais qui les a conservés ; mais tous les deux opèrent chacun dans les limites de son territoire sans qu'un d'entre eux puisse paralyser les effets légitimes de l'autre. »

« Il faut faire observer cependant que la question qui s'agite dans la présente affaire n'est pas celle de savoir si les lois civiles du Royaume d'Italie peuvent ou non étendre leur empire sur le territoire de la Grande-Bretagne et si les lois italiennes abrogant la substitution fidéicommissaire peuvent exercer leur autorité sur les fidéicommiss maintenus par les lois de la Grande-Bretagne.

« Il ne s'agit non plus de deux statuts réels et territoriaux coexistants, l'un dans le Royaume d'Italie et l'autre en Grande-Bretagne. Il s'agit, au contraire, de la nature et de l'étendue des droits successoraux des ressortissants italiens sur les biens immobiliers grevés de substitution, existant sur le territoire étranger.

« C'est la vieille question du statut successoral personnel ou réel, qui est résolue d'une manière différente, d'après la tradition féodale en France, en Grande-Bretagne et en Belgique, d'après la tradition et l'autorité du droit romain en Allemagne, mais à qui seul le Code italien de 1866 consacre une disposition de loi écrite... qui rend superfétatoires toutes les discussions doctrinales, à l'occasion de son application aux hypothèses particulières.

« Or, le législateur italien, sans avoir eu recours aux traités et sans émettre de prétentions à la réciprocité, a proclamé, sur la base de la doctrine romaine, que les droits successoraux sont régis par la loi nationale du *de cuius*, quelle que soit la nature de ses biens, mobilière ou immobilière, et quel que soit le pays où ils se trouveraient (art. 8).

« Par conséquent, c'est la loi nationale de l'étranger qui régit ses droits successoraux, même concernant les immeubles situés dans le Royaume d'Italie et c'est la loi nationale des citoyens italiens qui règle les droits successoraux des italiens

même par rapport aux biens immobiliers sis en territoire étranger.

« Ceci posé, les ayants droit, aux substitutions fidéicommissaires de la famille Sceberras, citoyens italiens, n'auraient pas pu en passant outre à leur loi nationale, demander les ordonnances les concernant par l'application des lois anglaise et maltaise. Ces ordonnances ne sauraient être rendues que par application des règles du Code civil italien.

« Toutefois, les ayants droit aux substitutions pouvaient demander et obtenir des magistrats anglais de Malte une dérogation à l'inaliénabilité des immeubles situés sur le territoire, parce que les lois italiennes qui ont abrogé les fidéicommiss n'ont réglé que l'existence des droits successoraux et leur étendue par rapport aux fidéicommiss éteints ; mais elles ont laissé subordonnés à leur condition territoriale étrangère (1) les biens immobiliers, et ceci d'après l'article 7 des dispositions préliminaires du Code civil en tant que cette condition comporte des obligations, des charges et des modalités imposées par la souveraineté territoriale.

« De sorte qu'au moins (2) le statut personnel des lois italiennes aura le pouvoir de régler les droits successoraux des citoyens italiens sans léser les droits de la souveraineté territoriale de la Grande-Bretagne ; le statut réel des lois anglaises aura à son tour le pouvoir de maintenir ou de relâcher les liens d'inaliénabilité grevant les immeubles situés sur le territoire de la Grande-Bretagne, sans porter atteinte au statut personnel du Royaume d'Italie. Le législateur italien n'a pas cherché, par effet des dispositions contenues dans les articles 7 et 8 du Code civil..., à imposer ses lois abrogatives des substitutions aux personnes et aux choses se trouvant sur le territoire de la Grande-Bretagne, mais à régler les droits successoraux de ses nationaux, tout en respectant la souveraineté territoriale du Royaume-Uni. Et par conséquent, dans l'espèce, il ne s'agit pas de coexistence de deux statuts réels successoraux en conflit, l'un du Royaume d'Italie et l'autre de la Grande-Bretagne, mais d'un statut personnel italien qui règle les droits successoraux des citoyens italiens indépendamment du territoire, dans lequel les biens immobiliers héréditaires sont situés

(1) Lasciavano nella condizione territoriale estera.

(2) Ai minimi termini.

et un statut réel anglais qui régit les biens immobiliers sis sur son propre territoire, deux statuts différents, c'est-à-dire indépendants l'un de l'autre, qui ont leur fonction chacun dans le domaine de leur propre souveraineté...

« Étant donné tout ce qui précède, il n'est pas question dans le litige actuel, d'une succession par substitution fidéicommissaire régie par la loi territoriale de la Grande-Bretagne, ni non plus de l'extension et de l'application inopportune des lois civiles du Royaume d'Italie aux charges et modalités concernant les immeubles situés sur le territoire de la Grande-Bretagne, mais il s'agit au contraire des droits successoraux des ressortissants italiens régis par des dispositions du Code civil italien, nonobstant que les biens sur lesquels ces droits successoraux portent sont situés sur le territoire de la nation anglaise.

« Le souverain du Royaume d'Italie a le droit de régler, au moyen de ses propres lois civiles, les droits successoraux personnels de ses citoyens. Ces droits, régis par les lois italiennes, laissent par conséquent tels qu'ils se trouvent sur le territoire de la Grande-Bretagne, avec leurs charges venant du droit public ou privé, les immeubles situés sur le territoire soumis à la souveraineté de la Grande-Bretagne, le droit des intéressés d'obtenir (comme l'ont fait en réalité les appelants) de la souveraineté et des autorités de la Grande-Bretagne des décisions utiles par rapport aux liens et charges grevant les immeubles sur lesquels portent leurs droits successoraux. »

La Cour procède ensuite à déterminer d'après la loi italienne l'étendue des droits successoraux des intéressés...

§ 10 *bis*. — PALERME, 1892. COMMENTAIRE.

La décision de la Cour d'appel de Palerme est sans doute très instructive, car elle permet de saisir sur le vif les difficultés auxquelles se heurte nécessairement l'affirmation de la portée absolue de l'article 8 des dispositions préliminaires, difficultés au milieu desquelles la Cour s'est longuement débattue sans avoir pu à notre avis leur donner une solution satisfaisante.

Il est inutile de reprendre les arguments de texte et de tradition, par lesquels la Cour cherche à expliquer l'effet absolu qu'elle attache à la disposition de l'article 8, disposition impé-

rative parce qu'incorporée dans un texte de la loi écrite, disposition rationnelle parce que se rattachant à la grande idée romaine de l'unité patrimoniale liée à l'unité matérielle et spirituelle de la personne.

Passons immédiatement aux difficultés de l'espèce. Cette loi impérative et supérieure, quelle portée aura-t-elle par rapport aux biens situés à l'étranger ? Que théoriquement, ou pour mieux dire platoniquement, on puisse en disposer au bon plaisir de la *lex fori*, cela n'est pas douteux, mais convient-il aux juges de se considérer comme satisfaits par une sorte de déclamation juridique conforme en soi aux principes, mais dépourvue de tout effet réel, telle était la vraie question posée devant la Cour d'appel de Palerme.

Les appelants disaient, en effet : on ne peut pas étendre les dispositions de la loi italienne aux immeubles situés à l'étranger, — non seulement on léserait ainsi la souveraineté du pays où les biens sont situés, mais aussi et surtout on ferait un geste vain.

Et veut-on une preuve, ajoutaient-ils, la voici : le Tribunal du lieu de la situation continue à considérer les substitutions dont il s'agit dans l'espèce, comme toujours en vigueur, et cela nonobstant la loi italienne qui les avait abolies. N'a-t-il pas, en considération de l'inaliénabilité dont ils sont frappés, accueilli la demande des ayants droit à la substitution d'en relâcher dans une certaine mesure la rigueur.

C'était un argument très fort, certes, ayant pour lui la réalité des choses, c'est pour l'écarter que la Cour a essayé d'établir une ligne de démarcation entre les deux règles, celles de la loi italienne, celle de la loi anglaise, pour qu'au lieu de se heurter dans un conflit elles ne se touchent pas, opérant chacune dans son domaine propre.

La loi italienne réglerait l'ordre successoral et l'étendue des droits de successions, la loi anglaise la modalité du régime des biens immobiliers se trouvant sur son territoire. La substitution fidéicommissaire touche à l'ordre des successions, parce que c'est son institution qui règle l'ordre des appelés, elle intéresse l'étendue des droits de successions parce qu'elle détermine la mesure et le caractère des droits du grevé. Cette institution, qui porte ainsi sur l'ordre successoral et l'étendue des droits successoraux ne dépend-elle pas de l'article 8 et, partant, ne tombe-t-elle pas sous le coup de la loi italienne abrogeant les

substitutions ? C'est le domaine propre de la loi italienne, auquel la loi anglaise ne peut pas toucher, mais qu'on laisse à celle-ci les questions du régime des biens immobiliers proprement dits, s'ils étaient inaliénables, qu'ils le restent, ou qu'ils rentrent dans le commerce dans la mesure où la loi et la justice britanniques l'autoriseraient, — cela ne regarde pas la loi italienne, c'est du domaine de la loi territoriale.

Un très singulier raisonnement à la vérité ! Comment peut-on sectionner de la sorte une situation juridique, sans égard aucun au lien causal qui unit les parties ainsi disjointes ? Cette inaliénabilité des immeubles qui dépend certainement du statut réel peut-elle être considérée comme un trait juridique se justifiant par lui-même ou n'est-elle pas contraire et en réalité un des effets essentiels de la substitution fidéicommissaire ?

La Cour obligée de s'incliner devant la force même des choses et le pouvoir naturel de la loi britannique de disposer quant à la condition des biens situés sur son territoire, comment nierait-elle à l'autorité britannique le droit de connaître en même temps des causes juridiques, telle la substitution, qui la détermine ?

On aurait encore à la rigueur compris le raisonnement de la Cour d'appel de Palerme, eût-elle déclaré que la cause d'inaliénabilité de ses biens, la substitution ayant disparu l'inaliénabilité de ces biens devait disparaître aussi même aux yeux de l'autorité britannique. Le raisonnement, pour purement théorique qu'il aurait été, aurait du moins le mérite d'être logique. Mais tel qu'il est présenté par la Cour de Palerme, il ne saurait être admis.

Pour certaine que soit cette conclusion, il n'est pas sans intérêt cependant d'essayer de dégager la raison qui a conduit les magistrats de Palerme à affirmer la portée absolue de l'article 8, et à aboutir par voie de conséquence logique à cette construction juridique insoutenable dont nous avons démontré l'erreur.

Un attendu de l'arrêt est révélateur dans cet ordre d'idées.

Pour affirmer avec le plus de vigueur son interprétation de l'article 8, la Cour fait remarquer (1) que « par conséquent, c'est la loi nationale de l'étranger qui régit ses droits successoraux même concernant les immeubles situés dans le Royaume d'Italie et c'est la loi nationale des citoyens italiens qui règle

(1) *Supra*, p. 218 *in fine*.

les droits successoraux des Italiens, même par rapport aux biens immobiliers sis en territoire étranger ». Proposition constituée de deux parties d'une vérité inégale, ayant à sa base une fausse idée de réciprocité inexistante.

Que le législateur italien puisse subordonner dans certaines conditions les immeubles appartenant aux étrangers à leur loi nationale pour régler les questions afférentes aux successions, rien de plus exact, car le législateur italien commande au premier chef sur son territoire et libre lui est d'admettre que la loi étrangère règle le statut successoral, à moins toutefois qu'elle-même admette cette extension de sa disposition (1).

Mais cette volonté du législateur italien qui s'exerce ainsi légitimement dans son domaine, n'emporte nullement l'obligation du législateur étranger d'agir de même à l'égard des héritiers de nationalité italienne. C'est là l'inexactitude de la seconde partie de la proposition, car elle suppose une idée de réciprocité qui pourtant n'existe pas pour le législateur italien.

Il a introduit le principe de l'article 8 en faisant entière abstraction de toute idée de réciprocité pour l'appliquer quelle que soit la règle de conflit de la loi nationale de l'étranger intéressé.

Et cela est si vrai que la Cour elle-même fait ressortir au début du raisonnement que nous critiquons, que le législateur italien a adopté sa manière de voir en dehors de tout traité de réciprocité conventionnelle et sans émettre même aucune prétention à l'idée d'une réciprocité de fait (2).

§ 11. — COUR DE CASSATION DE PALERME, 25 AOÛT 1894.

La Cour de cassation de Palerme saisie du pourvoi a, dans son arrêt du 25 août 1894, cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Palerme de 1892 (3).

Voici comment s'est prononcée cette haute juridiction :

« Les juges du fond déclarent nulles les substitutions fidéicommissaires de la famille italienne Sceberras sur les biens situés en Grande-Bretagne en vertu de l'article 899 du Code

(1) *Supra*, p. 151, proposition 3, b.

(2) *Supra*, p. 218.

(3) *Giurisprudenza italiana*, 1894, 1^{re} partie, colonnes 901 et suivantes.

civil italien... et déclarent que la loi italienne leur est applicable.

« La Cour d'appel viole évidemment de cette manière la loi.

« Toute souveraineté existant dans la grande Société mondiale, *magna civitas ou respublica gentium*, comme aucuns l'appellent, est essentiellement autonome et indépendante, d'où il suit que le droit d'une souveraineté trouve sa limite là où il se rencontre avec le droit égal d'une autre. Cette souveraineté, sous son premier aspect, exerce son action d'après le droit public interne par rapport aux citoyens considérés individuellement et soumis à la même souveraineté ; et sous un autre aspect exerce son activité par rapport aux autres souverainetés et aux citoyens ressortissant de ces souverainetés ; c'est pourquoi la science, à ce second point de vue, considère toute souveraineté comme une entité internationale capable d'exercer les droits et d'avoir *des devoirs à remplir*. Personne ne doute que, par effet de sa propre autonomie et indépendance, chaque souveraineté, considérée sous son premier aspect, pourvoit à sa propre organisation... et établit des lois afin de protéger les intérêts touchant à la population et au territoire ; — ces lois ne sont pas autre chose que l'expression de la *conscience* populaire et des besoins de la nation. »

« Ces lois », continue la Cour, « doivent être considérées comme d'autant mieux faites qu'elles se conforment le plus exactement aux traditions, aux usages, aux contingences ethnographiques « et surtout aux coutumes dans lesquelles repose la base historique et originaire du droit. »

« Mais cela ne suffit pas : les lois suivent toujours le nécessaire et progressif développement de la civilisation et des besoins du peuple, et en tant qu'elles le suivent, elles se transforment dans la mesure de ce développement.

« Tout ceci démontre que les lois d'après la raison même de leur être ne peuvent avoir d'autorité que dans l'espace, c'est-à-dire sur le territoire soumis à la souveraineté dont elles sont une émanation ; la souveraineté devant être considérée comme un pouvoir suprême qui peut ordonner, permettre, interdire et qui développe son action par rapport aux particuliers dépendant du même pouvoir.

« Que si cela est vrai par rapport aux lois en général, cela est d'autant plus exact en ce qui concerne celles qui touchent à l'ordre public interne et à l'organisation sociale, dont sont

celles qui permettent ou qui interdisent les substitutions fidéicommissaires. Celles-ci sont d'un caractère éminemment territorial et ne concernent que les citoyens se trouvant sur le territoire du souverain et les biens situés sur le même territoire.

« Et si cela n'était pas ainsi la base même des diverses souverainetés aurait disparu, car chacune est essentiellement autonome et indépendante, ce qui constitue la condition indispensable à leur existence physique et juridique en même temps. »

« Ce qui prouve avec évidence que ce fut une erreur extrêmement grave, que celle de la Cour d'appel d'avoir décidé que les substitutions fidéicommissaires de la famille Sceberras concernant les immeubles situés sur le territoire étranger auraient été abolies et éteintes *ope legis* avec la promulgation du nouveau Code italien, car il ne le fait que pour les fidéicommis qui ont existé dans le Royaume en vertu de la législation antérieure, mais pas à l'égard de ceux qui, appartenant aux citoyens italiens, existaient sur le territoire étranger soumis à une autre souveraineté qui, elle aussi, est autonome et indépendante. Mais ce qui est pire encore, c'est d'admettre, comme le semble avoir admis la Cour d'appel et comme le soutient le pourvoi, que le fidéicommis de la famille Sceberras doit être considéré comme inexistant au point de vue subjectif parce qu'aboli par la loi italienne, tout en existant objectivement parce que dans le lieu où sont situés les immeubles, l'île de Malte, est en vigueur la loi anglaise, qui maintient la validité des substitutions fidéicommissaires ;

« Attendu qu'un droit quel qu'il soit, pour être considéré comme tel, doit être susceptible de recevoir une réalisation (sua attuazione) par rapport à l'objet auquel ce droit se réfère.

« Qu'on suppose, portée à l'étranger, une décision des magistrats italiens qui attribue aux Italiens une partie des biens, comme si ces biens étaient libres, mais qui en réalité sont frappés d'une substitution fidéicommissaire à l'étranger ; — qu'advient-il ?

« La décision serait inexécutable sur le territoire étranger, là où se trouvent les biens auxquels n'auront droit que ceux qui y seront appelés dans les termes mêmes de l'institution de ce fidéicommis ; dans ces conditions, la décision italienne serait réduite à une simple déclaration académique dépourvue en même temps de valeur juridique et pratique.

« A ce raisonnement, l'article 8 des dispositions préliminaires

du Code civil italien ne fait nullement obstacle, et la Cour d'appel, par la manière dont elle l'a entendu, l'a violé dans sa portée (nella sua dizione), dans son esprit et dans le but qu'il vise.

« Dans cette disposition, la souveraineté italienne a développé son action comme une entité internationale : elle s'est trouvée en face d'un antique système d'après lequel les étrangers étaient exclus de toute participation au droit et étaient considérés comme des ennemis « *adversus hostem æterna auctoritas esto* ». Le système fut d'ailleurs tempéré par des principes de réciprocité et de commune utilité, mais ce tempérament ne suffisait plus pour répondre aux exigences de temps nouveaux, dans lesquels a prévalu le principe que l'homme doit être admis à la participation au droit privé en tant qu'homme (1), par conséquent, la souveraineté italienne a admis les étrangers non seulement à la jouissance des droits civils attribués aux citoyens, mais a voulu que ceux-ci, dans certains rapports juridiques, puissent aussi invoquer les lois de leur patrie (2) et parmi ces rapports elle a compris le droit successoral.

« Or, dans cette matière, le système antérieurement suivi était celui-ci, la loi personnelle du défunt a été acceptée pour régir la succession mobilière, la *lex rei sitæ* pour la succession immobilière, ce qui entraînait par voie de conséquence la reconnaissance de la règle connue « *quot sunt bona diversis territoriis, tot idem patrimonialia intellegantur* ».

« Mais le législateur a voulu considérer le droit successoral comme la projection de la famille sur une entité juridique et indivisible du patrimoine dans son entier (3), *universitas juris*, qui selon l'expression romaine *tamquam sagitta volans*, passe dans la personne de l'héritier ce qu'on exprime encore mieux dans des termes modernes par le dicton « le mort saisit le vif » ; pour cette raison, il a voulu soumettre toute la masse successorale à l'empire d'une seule loi et notamment à la loi nationale de la personne de l'hérédité de laquelle il s'agit, sans distinguer la nature des biens et le lieu où ils peuvent se trouver, et ceci

(1) Il principio che il diritto privato si appartiene all'uomo perché uomo.

(2) Possono invocare la legge della loro patria.

(3) Come una emanazione della famiglia supra una unità giuridica e indivisibile di un intero patrimonio.

limitativamente in ce qui regarde l'ordre successoral, l'étendue des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté (1).

« Or, cette disposition législative révèle d'une manière précise comment le législateur italien a voulu suivre les progrès de la science du droit international privé en ce qui constitue désormais le principe fondamental, à savoir qu'il n'est pas contraire à la prérogative de la souveraineté autonome et indépendante d'admettre dans certaines circonstances l'autorité de la loi étrangère, — le principe de cette souveraineté ne s'y oppose pas, en tant que l'application de ces lois a son fondement dans l'existence juridique d'un devoir international, ce qui fait abandonner les critères retenus jadis de la libre concession faite au profit de la loi étrangère en vertu de la courtoisie internationale, ou de l'utilité réciproque (2).

« Tout ceci établit que le principe neuf et hardi et aussi éminemment libéral n'est adopté par le législateur italien qu'à l'égard de l'étranger et ne peut pas concerner le citoyen italien, ni quant aux biens que celui-ci possède en Italie, *parce que sa succession ne saurait être réglée que par le Code italien*, ni quant aux biens qu'un Italien possède en territoire étranger, *parce que la souveraineté italienne ne peut imposer sa loi aux autres souverainetés aussi autonomes et indépendantes, et ayant aussi leurs propres lois territoriales* (3).

« Cela est évident » *naturalis enim simul et civilis ratio suadet* », mais malgré cette évidence, la doctrine et la jurisprudence luttent quant au sens et à la portée des dispositions contenues dans l'article 8 précité. »

(1) Le cio limitatamente all'ordine di succedere, alla misura dei diritti successori e alla intrinseca validità delle disposizioni.

(2) Non vi si oppone in quanto che l'applicazione di esse leggi ha fondamento nell'esistenza giuridica di un dovere internazionale che mise al nulla i criteri una volta ritenuti della libera concessione di cortesia, *comitas* e reciprocenza della utilità, ob *mutuam utilitatem*.

(3) Il che però rivele che il principio nuovo ed addito ma eminentemente liberale, non è stato adottato dal legislatore italiano che in rapporto allo straniero, non può riguardare il cittadino italiano né per i beni esistenti in Italia, perché la sua successione non può esser regolata che dal codice italiano, né per i beni che l'italiano possiede in territorio straniero, perché la sovranità italiana non può imporre le sue leggi ad altre sovranità, anch'esse autonome ed indipendenti ed aventi anch'esse le proprie leggi territoriali.

La Cour indique ensuite que, dans l'interprétation des textes législatifs, il est nécessaire de pénétrer la pensée du législateur, avoir présents à l'esprit la raison et le but de la loi et non pas s'en tenir à sa lettre.

« La raison et le but *ressortent du caractère de la disposition même de la loi, laquelle parce qu'elle ressortit du droit international privé, ne peut concerner que les étrangers ; la manière dont seront traités les nationaux sur le territoire étranger ne peut être déterminée d'après les lois nationales, qui ne peuvent pas s'imposer aux autres souverainetés, sauf au moyen des traités avec ces souverainetés* (1).

« Et que telle est la vérité, ressort du rapport au sujet du Code civil italien fait au Roi par le ministre Garde des Sceaux, qui en déterminant (2) le concept de l'article 8, a ajouté que l'application de ce principe nouveau est circonscrite par les justes limites de la disposition de l'article 12 qui ne sauraient être outrepassées ; — il a conclu en en tirant cette conséquence irréfutable, que jamais et dans aucune hypothèse, les lois étrangères concernant le droit successoral n'auraient le pouvoir de troubler ou de mettre en échec ces dispositions législatives qui ont pour but de gouverner le régime des biens et de la propriété se trouvant sur le territoire comme le requièrent les hautes raisons de l'intérêt public (3).

« Par conséquent, si le domaine d'application de l'article 8 doit être confiné dans les limites de l'article 12, étant donnée la conséquence qu'en a tiré le ministre, à savoir que les lois étrangères ne peuvent dans aucun cas troubler les hautes raisons de l'intérêt public, il est évident que cet article est écrit pour régir les étrangers et non point les citoyens italiens.

« Ce serait heurter le principe du droit public et du droit international privé que de supposer que la souveraineté ita-

(1) La ragione e lo scopo emergono in dall'indole della stessa disposizione di legge, la quale appunto perche ei diritto internazionale privato, non puo riguardare che gli stranieri, il trattamento dei nazionali in estero territorio non puo essere determinato da leggi nazionali che non si possonon imporre ad altre sovranità, m̀ a a mezzo di trattati con la medesima sovranità.

(2) Delineando.

(3) Che non mai e in nessun caso leggi straniere concernenti il diritto successario avrebbero potestà di turbare ed incogliere quelle provvisori legislative che intendessero a regolare i beni e la proprietà territoriale, siccome meglio richieggono le alte ragioni del publice interesse.

science du droit international privé, aurait établi des lois concernant la façon dont les autres souverainetés auraient dû respecter ses lois par rapport aux citoyens italiens (1).

« Mais il est impossible de concevoir et il convient de rejeter sans hésitation l'interprétation qui attribuerait à la loi un sens vicieux... comme s'est exprimé Celse : « *ea potius accipienda est significatio quæ vitio caret ; præsertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit* ». On doit donc attribuer le sens qui ne rend pas la loi vicieuse, et elle ne le sera pas, si cette disposition se réfère à l'étranger, soit parce que la souveraineté italienne admet de son propre mouvement l'application de la loi étrangère sur son propre territoire, sur lequel elle a juridiction, la prérogative de la souveraineté qui reste toujours libre et autonome ne s'y opposant pas, soit parce que l'application de la loi étrangère, ne porte pas atteinte à la souveraineté étrangère, dont elle émane quant à son autonomie et indépendance ; la souveraineté étrangère n'aurait pas de raisons de s'opposer à ce que ses lois soient appliquées sur d'autres territoires que le sien au profit de ses ressortissants.

« Ainsi la raison et le but de l'article 8 mettent en lumière la vraie signification de la partie finale « *od in qualunque paese i beni si trovino* ».

« Si le législateur permet que dans les successions légitimes et testamentaires de l'étranger, soit quant à l'ordre successoral, soit quant à l'étendue des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions testamentaires soit appliquée la loi nationale de l'étranger, il n'a pas compris, il ne pouvait même pas comprendre dans cette partie finale que les biens situés sur le territoire national de l'étranger (*sic*) à quelle loi d'ailleurs seraient soumis aussi ceux situés sur le territoire italien pour lesquels le législateur lui-même fait une exception expresse par le mot *pero* (mais) par dérogation à la disposition de l'article 7 en vertu de laquelle les biens auraient autrement été soumis à la *lex rei sitæ* ; mais n'y sont pas compris à coup sûr les biens que l'étranger aurait laissés dans divers territoires dépendant d'autres souverainetés, qui ne seraient ni le

(1) Urterrebbe ai principi del diritto pubblico e del diritto internazionale privato il supporre che la sovranità italiana uniformandosi per proprio conto ai progressi della scienza di diritto internazionale privato, avessz dettato leggi intorno al modo come le altre sovranità dovesseere rispettare le sue leggi in rapporto ai cittadini italiani.

lienne, tout en se conformant pour sa part aux progrès de la territoire national de l'étranger, ni le territoire italien, territoires sur lesquels la loi nationale de celui de l'hérédité de qui il s'agit, n'a pas de commandement et ne saurait l'avoir (1).

« S'il n'en était pas ainsi, cette partie finale (de l'article 8) aurait été un *lapsus mentis* de la part du législateur italien qui devrait dès lors être réputé pour non écrit d'après la règle bien connue du droit, laquelle, quoique formulée par rapport aux dispositions testamentaires, aurait tout de même son importance dans l'ordre d'idées en discussion, à savoir « *quæ ita sunt scripta ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent* » ; mais il faut prendre en considération que la pensée de la loi ne peut être exprimée autrement qu'avec les paroles et que quand la pensée est certaine et déterminée on ne saurait donner aux paroles autre signification que celle qui est susceptible d'exprimer la pensée et c'est parce que la pensée et la parole forment un tout inséparable, comme le sont la matière et la forme, ou mieux encore la substance et sa modalité qui la révèle et l'identifie (2) (*sic*).

« Si, par conséquent, la pensée du législateur italien est celle-ci que doit s'appliquer la loi nationale de l'étranger, il a voulu l'appliquer pour tous les biens pour lesquels elle est *possible* et dès lors la partie finale (in qualunque paese i beni si trovino) est en parfait accord avec l'application de la loi nationale de l'étranger ; d'où la conséquence que les lieux dans lesquels une telle application est possible ne peuvent pas être autres que le territoire national de l'étranger et le territoire italien en vertu de ladite exception à l'article 7 des dispositions préliminaires. Il en aurait été différemment, si les autres souverainetés avaient adopté dans leurs Codes la même disposition que celle de l'article 8, de sorte que dans un telle hypothèse, où se trouverait le lieu appartenant au territoire de la *maxima respublica gentium*, dans lequel l'étranger le *de cujus* aurait laissé ses biens, sa loi nationale lui aurait été toujours appliquée par les magistrats italiens aussi en vertu de l'article 8, étant donné que dans une telle hypothèse *la loi de tout lieu*

(1) Non vi si comprendono al certo i beni che lo straniero abbia lasciati nei diversi territori dipendenti da altre sovranità che non siano la nazionale dello straniero e la italiana, nei quali non *imperat*, nè può *imperare* la legge nazionale di colui della cui eredità si tratta.

(2) La sostanza e la sua modificazione che la rivela e la identifica.

aurait été la loi nationale de l'étranger de la succession duquel il s'agirait.

« Or, si les fidéicommiss situés dans un territoire étranger, quoiqu'ils appartiennent aux citoyens italiens, n'ont pas été abrogés par la loi italienne, si l'article 8 des dispositions préliminaires au Code civil italien se réfère à l'ouverture de la succession *d'un étranger ayant des biens en Italie* et dans le pays de sa nationalité, si dans le pays étranger où se trouvaient les biens immobiliers grevés de substitutions, celles-ci sont maintenues il en résulte avec évidence que les lois italiennes n'étaient pas en effet applicables dans l'espèce jugée par la sentence dénoncée, *et encore moins auraient pu être appliquées les lois britanniques, vu l'article 12 des dispositions préliminaires* sur le territoire italien (1).

« La souveraineté italienne, en revêtant de qualité de lois certaines règles du droit international privé, s'est incontestablement conformée au progrès de la science effectué dans la question intéressant le domaine de l'empire de la loi étrangère et dans cet ordre d'idées elle s'est montrée généreuse et libérale à la fois, en donnant un bon exemple et un motif stimulant à la souveraineté étrangère pour adopter la même règle ; mais elle-même, en face d'une telle évolution, ne pouvait pas, ne devait pas abdiquer ses prérogatives essentielles à la conservation de son organisme, de son indépendance politique, de son ordre public, de tout ce *quod ad statum rei publicæ spectat*, de sorte que l'autorité des lois étrangères fût admise avec cette limitation, que jamais et dans aucun cas, elles ne puissent constituer des dérogations aux lois prohibitives du royaume, ainsi qu'à celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (2). Or, l'abolition des substitutions fidéicommissaires en Italie a eu lieu pour des raisons politiques et en conformité avec le principe mis à la base de l'économie politique, à savoir que le commerce des biens doit être libre et favoriser de la sorte la richesse générale des peuples ; il est certain, dès lors, que l'abolition des substitutions a été inspirée par de larges vues sur l'intérêt général et par conséquent doit être considérée comme étant d'ordre public.

« Et il est à peine nécessaire de faire remarquer que les sub-

(1) E molto meno potrebbero essere applicate le leggi....

(2) Ed il buon costume.

stitutions à un autre point de vue, devraient être regardées comme contraires aussi aux bonnes mœurs, parce que l'orgueil mal venu du nom chez un père de famille, était préféré à l'amour de la famille qui était détruite au profit d'un seul, ce qui produisait dans son sein une discorde désastreuse.

« Et cela étant, il est évident que les lois anglaises concernant les substitutions, ne peuvent plus avoir d'autorité sur le territoire dépendant de la souveraineté italienne, sur lequel les substitutions ont été abolies dans l'intérêt public et de la morale, de même que ne peuvent en avoir les lois italiennes sur le territoire anglais, quoique les biens grevés de substitution appartiennent aux citoyens italiens et constituent un seul tout successoral indivisible ; c'est ce qu'ordonne l'article 12 des dispositions préliminaires au Code civil italien. Par ces motifs, casse. »

§ 11 bis. — PALERME, 1894. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de Palerme présente à n'en pas douter un intérêt théorique tout à fait exceptionnel. Nous ne connaissons aucun autre, en Italie ou ailleurs, qui l'aurait surpassé par la profondeur et ampleur des vues sur les bases mêmes du droit international privé. C'est une vraie décision de principe ; la Cour affirme, en effet, qu'il y a des principes juridiques auxquels le législateur lui-même chercherait en vain à échapper et qui posent des limites rationnelles à sa toute-puissance.

Qu'on soit en présence d'une disposition difficile à interpréter comme celle de l'article 8 du Code civil italien, on est nécessairement pris dans un dilemme, car de deux choses l'une : ou une interprétation conforme aux principes est possible, et alors même, si le sens littéral du texte discuté offre dans son application certaines difficultés, c'est lui qui doit prévaloir ; ou au contraire, une interprétation de ce genre serait impossible, et alors la Cour n'hésite pas à déclarer que dans ce cas il faut considérer la partie du texte qui met obstacle à une interprétation raisonnable comme un *lapsus mentis* du législateur, *qui pro non scripto habetur*. Telle est la force des principes.

Nous examinons la valeur de cette manière de voir dans

la partie dogmatique de cet ouvrage (1), mais ce qui doit maintenant retenir notre attention au premier chef, c'est le point de savoir quels sont, d'après la Cour de cassation de Palerme ces principes qui s'imposent avec une telle inébranlable autorité, que le texte de l'article 8 qui paraît toutefois certain au point de vue littéral, doit s'en accommoder, faute de quoi l'abrogation jurisprudentielle de sa partie finale devrait avoir lieu.

Ces principes qui dominent la matière se dégagent comme suit :

1. L'autorité de la loi dans l'espace est circonscrite par les limites territoriales de la souveraineté qui les a édictées.

2. La loi ne saurait jamais être interprétée dans le sens qui lui enlèverait de l'autorité, qui est de son essence, mais la transformerait en une sorte de velléité dépourvue du pouvoir de s'imposer.

Et plus spécialement dans le domaine du droit international privé.

3. Les dispositions de conflit n'ont pas été faites pour les nationaux, elles ne sauraient viser que les étrangers.

4. Le fondement moderne de leur application, c'est le respect qui est dû à la personne humaine considérée comme telle, c'est une obligation, ce n'est pas par raison de simple courtoisie ou d'opportunité que la loi étrangère s'impose.

Nous n'aurions pas de remarques substantielles à présenter au sujet des deux premières propositions dans cette partie de cet ouvrage. Mais disons-le tout de suite, qu'elles nous semblent s'imposer avec toute la force propre à la vérité. D'ailleurs, sur le plan du droit interne, personne ne songerait à élever le moindre contredit à leur égard. Mais les principes les plus sains et les plus solides subissent d'étranges altérations quand il s'agit de les transposer dans le domaine du droit international privé. Sauf l'heureuse exception des vieilles formules du Code civil français qui n'ont édicté de règles impératives, article 3 Code civil, que dans la mesure exacte où le pouvoir de les imposer compétait au législateur français d'autres législations plus récentes, ne font pas preuve de cette recommandable modération. Si elles ont cherché à être plus explicites sur les points où le législateur français a gardé le silence et

(1) L. I, ch. II.

à combler les lacunes qu'on lui reprochait non sans justes raisons, ne doivent-elles pas encourir des critiques plus sévères encore, car ayant dit plus, aidées qu'elles étaient par le développement de la science juridique dans cette matière, elles l'ont dit souvent moins bien.

Si l'article 3, § 2, ne parle que des immeubles situés sur le territoire national pour les subordonner à l'action de la loi française, cette règle appliquée à la matière successorale laisse sans doute bien des questions sans y répondre, voire sans les poser. Telle la question des successions aux meubles ou aux immeubles sis à l'étranger, mais pour déficiente qu'elle soit, elle est du moins, dans le peu qu'elle dit, juridiquement correcte. Elle statue dans les limites du pouvoir du législateur qui l'édicte, et le juge, en l'appliquant à l'hypothèse qu'elle prévoit, ne s'expose pas à émettre une décision qui, par son caractère purement déclamatoire, ne mériterait même pas ce nom.

Mais qu'on y oppose l'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien, — interprété littéralement, il offre un sens qui le rend dépourvu de toute mesure et on comprend dès lors la préoccupation de la Cour de cassation de Palerme de l'encadrer, pour ainsi dire, par voie d'interprétation dans la réalité, en reprenant ainsi, mais avec plus d'ampleur et de conviction quant aux imperfections possibles de l'œuvre législative, la thèse qui a prévalu déjà devant la Cour de cassation de Turin dans ses arrêts de 1870 et de 1874. Elle cherche à communiquer à cette disposition au détriment de son impératif vague et purement verbal un sens délimité, mais compatible avec son rôle de vraie règle de droit.

Comment la Cour trace-t-elle la ligne de délimitation ?

C'est l'examen des troisième et quatrième propositions que nous avons dégagées de son arrêt qui nous le montrera.

En s'attachant à la recherche des fondements mêmes du droit international privé, la Cour de cassation émet en effet deux propositions essentielles, une concernant l'objet de cette branche du droit, l'autre la nature juridique de l'application de la loi étrangère.

L'objet du droit international privé serait d'édicter des règles pour les étrangers, non pas pour les nationaux (1), parce que « la manière dont seront traités les nationaux sur le territoire

(1) *Supra*, p. 227 et 228.

étranger ne peut être déterminée d'après les lois nationales qui ne peuvent pas s'imposer à une autre souveraineté, sauf au moyen de traités avec ces souverainetés. »

La doctrine de la Cour se résume donc en une affirmation de la stricte territorialité des règles de droit international privé, qu'il s'agisse dans cet ordre d'idées des règles de conflit de la *lex fori* ou de celles de la règle étrangère.

Si cette formule comprend une certaine part de vérité, nous ne saurions tout de même pas l'accepter dans toute sa généralité.

Sans doute, elle se justifie parfaitement, appliquée aux faits de l'espèce. De quoi s'agissait-il, en effet, dans l'instance portée devant la Cour de cassation ? Du point de savoir si le régime des substitutions fidéicommissaires pouvait être appliqué aux immeubles sis à l'étranger et ayant appartenu à un Italien.

Cette question ne peut pas ressortir du droit international privé italien, déclare la Cour. Pour qu'il en soit autrement, il aurait fallu que les immeubles se trouvassent en Italie et qu'ils appartenissent à des étrangers. Si, tout en se trouvant en Italie, ils appartenaient aux citoyens italiens, les rapports de droit les concernant ne ressortiraient d'aucune façon au droit international privé italien, mais seraient régis entièrement par le droit italien interne. Si, au contraire, ils se trouvaient situés dans un pays étranger, qu'ils appartenissent aux étrangers ou aux Italiens, ils seront hors de la portée des règles du droit international privé italien circonscrites au territoire italien. Bref, quant aux immeubles, le législateur ne peut leur imposer tel ou tel autre régime juridique que dans la mesure où ils sont soumis à son pouvoir de commandement. Réservée ainsi aux faits de l'espèce, la doctrine de la Cour de cassation de Palerme apparaît comme tout à fait correcte. Dans cet ordre d'idées restreint, il importe même peu si la formule qu'elle emploie parle non point des immeubles appartenant aux étrangers, comme s'exprime l'article 3, § 2 du Code civil français, mais des droits des étrangers, parce que, en tant qu'il s'agit des immeubles, les droits des étrangers à considérer ne sont que ceux qui peuvent leur compéter par rapport à ces immeubles. Mais il faut bien se garder de généraliser cette formule au delà de l'hypothèse sur laquelle la Cour a été appelée à statuer. En effet, envisagée par application aux questions de

statut personnel, pris dans son contenu le plus communément admis, c'est-à-dire par rapport aux questions de capacité et d'état, est-elle aussi exacte dans son idée de territorialité, qu'elle l'est quand il s'agit du statut réel et des questions de droit touchant aux immeubles surtout ?

Que la manière dont est traité l'étranger sur le territoire national, qu'il s'agisse des matières rentrant dans le statut personnel ou dans le statut réel, — et nous limitons, pour les simplifier, nos observations à ces deux catégories du droit international privé seulement — est une question de droit international privé, nous ne le mettons certes pas en doute, mais nous croyons aussi fermement que la manière dont doit être traité un national à l'étranger par rapport aux matières du statut personnel, ressortit aussi de la même branche du droit, sauf à assigner, comme nous l'avons soutenu dans notre cours à l'Université de Bruxelles, le fondement propre et distinct à la détermination du régime juridique applicable aux nationaux à l'étranger, et à celui applicable aux étrangers sur le territoire national.

Nous nous expliquons dans la partie dogmatique de cet ouvrage sur le fondement de l'application de la loi étrangère par le juge saisi (1), point sur lequel nous partageons d'ailleurs le sentiment de la Cour de cassation de Palerme, mais nous indiquerons dès maintenant pourquoi nous croyons pouvoir, contrairement à son opinion, ranger dans le domaine du droit international privé certaines règles de droit que le législateur peut imposer à ses ressortissants se trouvant à l'étranger.

Nous admettons en effet qu'un État donné, et nous cherchons de nouveau le point d'appui dans les textes français, peut disposer quant à l'état et à la capacité de ses nationaux se trouvant à l'étranger, article 3, § 3 Code civil. En vertu de son pouvoir de souveraineté qui se traduit quant aux personnes par le droit de commandement qui, à leur égard, *porrigit extra territorium*, suivant l'expression de Bartole, le législateur national peut exiger de ses nationaux qu'ils se conforment aux dispositions de leur loi nationale. On aura toujours le droit de demander à un Français s'il se marie avant

(1) *Supra*, L. I, ch. X, XI et XII.

d'atteindre sa majorité, les consentements voulus de ses ascendants, même si la *lex celebrationis* n'y voit aucune utilité.

Si tant que le Français se tient en dehors du territoire, la loi française ne peut pas s'imposer à l'encontre de la volonté du ressortissant lui-même, elle a qualité pour peser sur cette volonté et exiger qu'elle accomplisse l'œuvre d'obéissance.

Et cette action de la loi nationale ne heurterait nullement celle de la loi du territoire où réside le Français, à supposer même que cette loi ignore le principe en vertu duquel le statut personnel est régi par la loi nationale mais le subordonne à la loi du domicile. Si elle exige, dans l'exemple que nous avons choisi, l'accomplissement de certaines conditions de fond, cela n'empêche point que simultanément et en marge de la *lex domicilii*, le ressortissant français, pour superfétatoire que cela puisse paraître aux yeux de la loi étrangère, se conforme aussi à la loi de sa patrie.

La thèse de la Cour de cassation de Palerme dans le domaine du statut personnel ne serait donc exacte que dans les rares hypothèses où la loi étrangère imposerait aux ressortissants étrangers se trouvant sur son territoire des exigences de caractère impératif, incompatibles avec leur loi nationale et exclusives par conséquent de l'application de celle-ci ; autrement dit, dans les hypothèses où l'action de commandement s'exerçant sur ses ressortissants par moyen d'action sur leur volonté, trouverait un obstacle dans l'action contraire de la *lex situs* matériellement plus forte dans son ressort. Et par cette analyse de l'action de la *lex patriæ* sur la volonté de ses ressortissants, on vient à mettre encore plus en relief l'exactitude de la doctrine de la Cour de cassation de Palerme, si on la restreint au domaine du statut réel. Dans cette hypothèse, évidemment, la *lex rei sitæ* apparaît revêtue d'autant plus d'autorité qu'il lui suffit, pour faire prévaloir sa règle de simple action de ses organes administratifs, qu'elle exerce ainsi un pouvoir de commandement direct qui n'a pas besoin, pour s'effectuer, du ministère des particuliers, ne dépend ainsi de l'efficacité de son action sur leur volonté et, enfin, l'objet de son action, l'immeuble, par définition même, et ceci différemment aux personnes, ne peut d'aucune façon s'y dérober. La *lex fori* ne peut donc pas, ne doit par conséquent pas, pour reprendre la manière de s'exprimer de la Cour de cassation de Palerme, s'occuper des immeubles situés à l'étranger et il

importe dès lors peu, si ces immeubles appartiennent aux nationaux (1) ou aux étrangers. Ce fait est indifférent au point de vue du droit international privé.

La seule hypothèse touchant aux immeubles, qui ressortirait donc du droit international privé, serait celle où il s'agirait d'établir le droit des étrangers sur les immeubles sis sur le territoire de la *lex fori*.

Passant ensuite à la question plus générale de fondement d'application de la loi étrangère en droit international privé italien moderne et de son fondement juridique, la Cour indique que trois solutions peuvent être envisagées et l'ont été en qualité au cours de l'histoire.

Tout d'abord, on peut décider que l'étranger, à cause de sa condition même, n'aura aucun droit à faire valoir.

Puis on peut admettre, et on l'a admis, que l'étranger, à l'instar d'un regnicole, jouirait de certains droits, dont l'ampleur ira toujours en augmentant, mais ce ne sera que l'admission progressive aux droits du regnicole, sans l'introduction du droit de l'étranger sur le territoire.

Enfin, le droit étranger lui-même sera admis et ceci sur le fondement différent selon l'époque et l'évolution des idées juridiques. D'abord, on l'admet *ex comitate gentium* ou *ob mutuam utilitatem*, concession intéressée ou non, mais concession toujours, qu'une souveraineté fait à une autre, qu'elle aimerait certes ne pas faire, si le fait de l'existence de multiples États indépendants et la nécessité de maintenir des relations paisibles et suivies dans le commerce international n'y obligeait pas.

Enfin, on l'admet comme un droit appartenant à l'homme comme tel, — « al uomo perchè uomo ». Pensée juste et profonde en soi, mais encore convient-il de bien la préciser.

Ce droit privé qui est reconnu à l'homme parce que homme, quel est-il ? Point de droit de l'homme dans l'acception vague et indécise de ce terme, mais un droit bien déterminé, un droit qui est sien, *le droit étranger*, parce que c'est sur l'étranger que porte la discussion. Ce sera donc le droit de la collectivité à laquelle cet homme appartient, — ce droit lui sera reconnu en tant qu'homme, mais homme envisagé de par sa nature même, comme un être collectif, Ζῶον κοινον καὶ φυσικόν.

(1) Sauf l'éventualité de péréquations, *supra* p. 15 et *infra* §§ 25, 25 bis.

πολιτικόν, — un homme pris *in abstracto* en dehors de tout système de droit n'ayant pas d'existence réelle. C'est donc de la reconnaissance du droit de sa collectivité qu'il s'agira, — et c'est de cette manière que, tout en la développant, nous adhérons entièrement à la doctrine de la Cour.

A la lumière de ces principes, l'interprétation de l'article 8 quant aux successions immobilières, s'impose.

Qu'il s'agisse d'abord des biens immobiliers appartenant en Italie et en d'autres différents pays à un Italien. L'article 8 est réduit à disposer ce qui serait évident, parce que conforme à la réalité, même si cette disposition n'était pas écrite, que la loi italienne s'appliquera dans la mesure de son pouvoir, c'est-à-dire sur le territoire italien, alors que sur le territoire des autres souverainetés, ce sont leurs lois respectives qui commanderont la solution.

On peut dire avec la Cour que cette question dans cette hypothèse sort du domaine du droit international privé, on peut dire également puisque les effets de ces formules se recouvriront exactement, que cette conception équivaut à la vieille maxime *tot hæreditates quot territoria*, parce qu'en fait la loi italienne loi nationale, qui sera appliquée en Italie sera la *lex rei sitæ* et l'unité de la dévolution successorale s'en trouvera en réalité rompue.

Mais le procédé de raisonnement de la Cour de cassation de Palerme doit certainement être préféré d'abord parce que déplaçant cette hypothèse dans le domaine du droit interne, il évite de violer la lettre de l'article 8 qui est une disposition de droit international privé et d'autre part, parce que la maxime *tot hæreditatis quot territoria* a été écartée par le législateur italien, non seulement en théorie, mais aussi pour les hypothèses pratiques, ce qu'on apercevra immédiatement en passant aux successions des étrangers.

Qu'il s'agisse, en effet, de la succession d'un étranger, dont les biens se trouveraient tant en Italie que dans d'autres pays, dont la patrie du *de cujus*.

La loi nationale du *de cujus* s'appliquera évidemment aux immeubles situés dans sa patrie, soit à titre de loi nationale, soit au titre de *lex rei sitæ*. Elle s'appliquera aussi à titre de loi nationale à l'exclusion de la *lex rei sitæ*, sur le territoire italien, mais les autres pays sur le territoire desquels ni la loi du *de cujus*, ni la loi italienne, n'ont aucun pouvoir de commande-

ment, devront appliquer leur propre loi, ou les lois indiquées par leur système de conflit des lois. La finale de l'article 8 « quel que soit le pays où les biens se trouvent », ne peut donc signifier d'après la Cour autre chose que « que ce soit la partie de l'étranger ou l'Italie » et, pouvons-nous ajouter, tout autre pays qui fait régir les successions immobilières par la loi nationale du *de cuius*.

Toutes ces applications de la loi étrangère du *de cuius* aux successions immobilières situées dans les pays étrangers sont indépendantes de la volonté du législateur italien.

Il a statué, et n'a pu statuer que sur le sort des immeubles faisant partie d'une masse successorale laissée par un étranger et situés sur le territoire italien.

La loi italienne possède le pouvoir de commandement sur ces immeubles et en vertu de ce pouvoir de commandement, elle peut les soumettre à l'empire de telle loi qui, d'après sa conception du droit, lui semble s'imposer.

Elle se décide en faveur de la loi nationale de l'étranger, libre à elle d'accomplir cet acte, un acte généreux on peut l'admettre sans hésitation, mais c'est à cela que se limite la vraie portée de l'article 8. Règle de conflit concernant un immeuble, elle ne peut pas dépasser les limites de son territoire.

Tel serait le jeu normal des principes commandant l'application de l'article 8 des dispositions préliminaires. Mais leur économie ne serait-elle pas troublée dans l'espèce par l'intervention des règles de l'ordre public international contenues dans l'article 12 des dispositions préliminaires, étant donné que les substitutions fidéicommissaires de l'aveu même de la Cour constitueraient une institution préjudiciable à la cohésion des familles et, partant, contraire aux bonnes mœurs.

La Cour reconnaît qu'il en serait ainsi, certes, s'il s'agissait d'admettre leur fonctionnement en vertu des lois britanniques sur le territoire italien, mais elle écarte l'application de l'article 12 du moment que leurs effets se produiront en dehors du territoire italien. En harmonie avec sa conception générale de la portée des règles de droit international privé, la Cour attribue donc un caractère territorial aussi à la théorie de l'ordre public international. Elle jouera ou ne jouera pas selon que les effets de l'application de la loi étrangère visée par elle se produiraient sur le territoire ou en dehors du territoire du

juge saisi, du moins si l'application de la loi étrangère, peut-on supposer, ne comportait pas elle-même quelque chose d'absolument choquant, comme le serait par exemple la prise en considération des effets du mariage polygame.

§ 12. — COUR D'APPEL DE VENISE, 1^{er} FÉVRIER 1895 (1).

« Considérant que la succession de la défunte Anna Maria C..., née et domiciliée dans le Royaume, comprend aussi des immeubles situés en territoire étranger, il n'est pas douteux que ceux-ci, en vertu des principes généraux du droit international privé sanctionnés par le Code civil (article 7 des dispositions préliminaires), sont soumis au statut réel. Ceci, d'ailleurs, doit s'entendre en tant que cela concerne l'aspect objectif des droits existants à leur égard (2) et que notamment la règle, que les biens immobiliers sont régis par le statut réel, concerne le mode dont peut s'effectuer à leur égard le droit de propriété ou de servitude ou d'hypothèque, etc., ou le point de savoir si l'immeuble est grevé de charges publiques. Mais en ce qui concerne l'application des principes de droit international privé, le Code italien, article 8 des dispositions préliminaires, a soumis par contre au statut personnel, les successions légitimes et testamentaires et ceci, soit quant à l'ordre successoral, soit quant à la mesure des droits successoraux et à la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, quelle que soit la nature des biens (mobiliers ou immobiliers) et quel que soit le pays où ils se trouvent ; qu'une telle disposition est fondée sur le principe rationnel que le droit de transmettre ses propres biens par succession est une chose qui a pour source même la personnalité humaine (3) que le *de cuius*, s'il meurt en laissant un testament ou *intestat*, ne pourrait avoir pensé à une autre règle pour gouverner sa succession qu'à la loi à laquelle il était soumis quant à sa personne ; que comme doit être indivisible la personnalité de même doit être sa succession et par conséquent doit être unique la loi qui la réglerait.

« De cette manière, le Code italien a écarté les principes des autres législations, lesquels soit établissaient que c'est la loi

(1) *Jurisprudenza italiana*, 1895, p. 387.

(2) Per quanto concerne la obiettività dei diritti sui medesimi esistenti.

(3) È cosa che scaturisce della personalità umana.

du lieu où se trouvent les biens héréditaires qui doit les régir, soit en distinguant entre les biens meubles et immeubles assujettissaient les premiers au statut personnel, et les seconds au statut réel, mais il a posé le principe ci-dessus indiqué que le droit qu'a l'homme de transmettre ses propres biens par voie de succession, étant une émanation de sa personnalité, tout le droit successoral doit être soumis au statut personnel, même si les biens en totalité ou en partie se trouvent sur le territoire soumis à un statut différent.

« Cette incorporation dans le Code d'un principe qui donne satisfaction à la raison juridique et à l'équité et qui correspond à la nature des choses, incorporation faite pour la première fois par notre Code, qui a bénéficié de l'approbation de la science qui l'a considéré comme une marque de progrès législatif a la valeur d'un principe général qui devrait par conséquent trouver son application de la part des juridictions italiennes dans tous les cas, qu'il s'agisse des successions des étrangers ayant leurs biens situés dans le Royaume ou qu'il s'agisse des nationaux ayant leurs biens situés à l'étranger...

« Considérant qu'en vain, objecterait-on qu'avec l'article 8 notre législateur aurait voulu seulement donner un exemple et un stimulant (un incentivo) pour inciter les autres nations à le suivre ; sans doute, un tel exemple et un tel stimulant sont une conséquence de la règle dont il est question, mais il faut admettre qu'en réalité les lois ne se font pas avec un simple but de propagande, mais pour être indéfectiblement appliquées.

« Dès lors, il ne s'agit pas de se demander si le législateur italien, en s'opposant au vieux principe « tot hæreditates quot territoria » aurait voulu imposer sa loi aux États étrangers, ce que d'ailleurs il n'y aurait pas lieu de penser ; mais il faut rechercher exclusivement, si l'autorité judiciaire italienne devrait considérer une disposition précise de la loi comme un simple postulat doctrinal, ou plutôt comme une règle obligatoire et si contrairement aux dispositions de sa loi nationale elle devrait appliquer les lois étrangères qui a contredisent, en admettant expressément ou implicitement qu'il faut appliquer aux immeubles appartenant à la succession d'un citoyen, pour cette raison qu'ils sont situés à l'étranger, les règles contraires aux dispositions de la loi italienne, tandis que cette loi elle-même dispose en faveur de la loi étrangère pour les biens exis-

tant en Italie et appartenant aux successions des étrangers (1). A ce point de vue, il ne peut pas exister de doutes que les magistrats italiens doivent appliquer leurs propres lois sans se préoccuper de ce qu'une telle application peut avoir comme conséquence.

« Considérant qu'il faut retenir l'impérieuse nécessité pour l'autorité judiciaire italienne d'appliquer les dispositions de l'article 8 et cela non seulement par rapport aux successions des étrangers, mais aussi de celles des nationaux.

Considérant, dès lors, qu'une fois retenue la nécessité absolue pour les autorités judiciaires italiennes d'appliquer la disposition du susdit article 8, et ceci non seulement pour les successions des étrangers mais aussi pour celles des nationaux, il convient d'examiner la valeur d'une autre exception opposée par l'intimé contestant l'application de l'article 119 du Code civil en ce qu'il édicte que le droit à l'usufruit du conjoint survivant peut être liquidé soit par voie d'une rente viagère, soit par attribution des fruits des immeubles, soit des intérêts des capitaux appartenant à la succession, pour la raison que les modes de cette liquidation ne rentrent pas dans la notion de *l'étendue des droits successoraux* ou soient en rapport avec elle.

« Sous ce rapport, il ne peut faire aucun doute que la faculté accordée par l'article 119 aux héritiers fasse partie des droits successoraux des héritiers eux-mêmes, et qu'une telle faculté est par conséquent une circonstance qui influe sur leur étendue et dès lors, il ne peut plus soulever aucun doute que la nécessité dans laquelle est mis le conjoint survivant par la loi italienne de recevoir son usufruit sous la forme au choix des héritiers à savoir soit... est une limitation du droit qui lui compète et constitue dès lors l'étendue de son droit. Et n'est pas pertinente dès lors l'allégation de l'intimé qu'ainsi un droit réel immobilier se transforme en une redevance en argent et que s'effectue ainsi la conversion arbitraire (un trapasso coattivo) de la propriété utile (dell'utile proprietà) sur les immeubles ; car c'est la loi elle-même qui donne aux héritiers le droit de remplir le conjoint survivant de son droit d'usufruit par les modes prénumérés et qu'aux yeux de la loi cette faculté est inhérente à la qualité même d'hériter... tout ceci se réduit à

(1) Ed a quanto la legge stessa attua per i beni esistenti in Italia ed appartenenti alla successione di stranieri.

une plus grande extension et à une plus ample étendue attribuée par le Code italien aux droits des héritiers.

« Considérant que l'application dans l'espèce de l'article 8 aurait pu toutefois rester sans effet, étant donné que par rapport à ce que dispose l'article 12 des mêmes dispositions préliminaires, les dispositions de l'article 816, en ce qui concerne les biens existant en Autriche, auraient été contraires à une loi d'ordre public en vigueur dans ce pays.

« Et à ce propos est invoquée seulement la disposition du § 300 du Code civil autrichien, qui édicte que les immeubles sont soumis aux lois du lieu où ces biens se trouvent.

« Mais dans un tel ordre d'idées, il s'agirait d'examiner comment en réalité, d'après la loi autrichienne, il faut donner effet au droit d'usufruit du conjoint survivant et si tous les moyens d'y arriver envisagés par l'article 819 du Code italien ne seraient pas éventuellement contraires aux règles de l'ordre public autrichien.

« Cependant, une pareille recherche ne rentre pas dans le cadre du présent litige, mais plutôt dans la procédure de l'*exequatur* que les autorités étrangères devront instituer à l'instar de celle qui a lieu en Italie, aux termes de l'article 941 du Code de procédure civile, quand il s'agit de donner une force exécutoire à une décision de l'autorité judiciaire étrangère.

« En effet, il aurait été déplacé que, par exemple, une juridiction italienne déclarât que sa décision ne contrevient pas à l'ordre public autrichien, du moment qu'une telle déclaration ne peut émaner d'une manière efficace que de l'autorité étrangère quand celle-ci aurait été saisie aux fins d'exécution.

« Il est évident que l'article 12 des dispositions préliminaires est une règle intimement liée à celle de l'article 941 du Code de procédure civile, dans lequel il s'agit des sentences étrangères, qu'on cherche à faire exécuter en Italie, et il résulte dès lors, par identité de motifs, que l'examen d'une sentence italienne sur le point de savoir si son exécution en Autriche ne contrevient pas à l'ordre public de cet État doit être laissée exclusivement à la procédure d'*exequatur* qui y sera introduite et pour laquelle l'autorité étrangère est seule compétente. »

§ 12 bis. — VENISE, 1895. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour d'appel de Venise marque la continuation de la résistance d'une partie des Cours d'appel à la doctrine des Cours de cassation de Turin et de Palerme dans leurs arrêts de 1870, 1874, 1894.

Pour la Cour d'appel de Venise, l'article 8 doit avoir une portée absolue et s'imposer impérativement dans sa lettre aux juridictions italiennes. Elle développe d'abord les raisons susceptibles d'appuyer sa thèse, — elle s'emploie ensuite à réfuter les objections qu'on y oppose.

Elle affirme d'abord le caractère rationnel de la règle de l'article 8 en la basant sur la présomption de la volonté du *de cujus* qui aurait nécessairement dû penser à sa loi nationale pour la voir appliquer à la dévolution de sa succession. Mais elle perd certainement de vue que si tel était le fondement de l'article 8, il deviendrait impossible d'en affirmer le caractère impératif, basé qu'il serait sur une simple présomption de volonté susceptible d'être écartée par la volonté contraire du *de cujus* exprimée avec suffisamment de netteté. La Cour de Venise aurait certainement été mieux inspirée en développant la formule frappante de la Cour d'appel de Palerme que c'est le sang et non le territoire qui crée les successibles (1) pour, en cherchant la base rationnelle de la disposition discutée, ne pas compromettre d'avance le but de sa recherche, l'affirmation de son caractère impératif.

Le second argument de caractère rationnel est celui tiré de l'indivisibilité de la personne humaine, qui doit déterminer l'indivisibilité et l'unité de la succession, qui n'est qu'une émanation de la personne. Mais la Cour de Venise ne répond pas à une objection à cette manière de voir qui a été proposée devant la Cour d'appel de Catanzaro (2), à savoir que le fait même d'application par la juridiction italienne de la loi nationale du *de cujus*, tout en sachant que dans les autres pays où se trouvent en partie les biens du défunt, une loi différente de la loi nationale serait nécessairement appliquée, brise en réalité dans le plan international toute dévolution uniforme de la suc-

(1) *Supra*, § 10, p. 218 note 1.

(2) *Supra*, § 9 bis.

cession. Ce second argument semble donc revêtir un caractère bien illusoire.

Enfin, la tentative de la Cour de préciser que l'article 8 se concilie avec les dispositions de l'article 7 qui abandonne à la *lex rei sitæ* le côté objectif des droits intéressant les immeubles n'est point heureux. Cette distinction abstraite est vague et on ne voit pas bien qu'elle est son expression juridique précise.

Les exemples par lesquels la Cour cherche à illustrer sa pensée la clarifient-ils ? Que les droits réels, de la propriété, des servitudes, des hypothèques dépendent nécessairement de la *lex rei sitæ* quant à leurs modes de constitution, et tant que ceux-ci comporteront des formalités nécessaires pour les rendre opposables aux tiers, cela n'est pas douteux, mais est-il certain que les causes intrinsèques de la constitution de ces droits lui échappent ? Et surtout dans les hypothèses où cette cause en elle-même, en dehors de tout complément par un acte extérieur, est suffisante pour la constitution d'un droit réel ? A ne citer, dans cet ordre d'idées seulement, que la transmission en droit français de tous les droits, droits réels y compris, aux successibles par le seul fait de la mort du défunt. Comment isoler ici les droits réels dans leur aspect objectif qui serait seul soumis à l'empire de la *lex rei sitæ* ? Et puisque la Cour de Venise a suivi sans doute la doctrine semblable de la Cour d'appel de Palerme formulée dans son arrêt de 1892 (1), il est instructif d'appliquer la distinction de la Cour de Venise à l'espèce jugée par la Cour de Palerme, dont elle s'est inspirée.

L'inaliénabilité des immeubles grevés de substitution serait-elle l'aspect objectif de la constitution des droits réels ou le droit réel lui-même s'établissant comme conséquence même de la substitution ? Que cette seconde acception est seule exacte, cela ne semble pas douteux, et cependant la Cour de Palerme l'a écartée, essayant de concilier sur ce point sa doctrine avec la réalité des choses, en rattachant l'inaliénabilité à la catégorie des conditions territoriales des immeubles soumises à la *lex rei sitæ*. La Cour de Venise aurait-elle jugé autrement ? Mais elle aurait été en tout cas fort embarrassée, parce que la succession par substitution est, à ne pas en douter, l'œuvre non de la loi, mais de la volonté humaine et du moment

(1) *Supra*, pp. 218-219.

que la Cour de Venise fait reposer la soumission du régime des successions à la loi nationale sur la volonté présumée du défunt, on ne voit pas comment elle aurait pu, si elle avait jugé dans l'espèce portée devant la Cour de Palerme, arriver à un dispositif conforme à l'arrêt de cette Cour. Il est donc impossible de considérer l'arrêt de la Cour de Palerme et celui de la Cour de Venise comme attachés tous les deux au même ordre d'idées doctrinales ; — de doctrine commune malgré l'identité des dispositifs, elles n'en ont pas. Privé donc de l'appui d'un précédent dont, tout en s'inspirant, elle n'a pas pénétré l'esprit, l'arrêt de Venise doit être considéré pris en lui-même et exclusivement par rapport à l'hypothèse sur laquelle il a été appelé à statuer.

Il s'agissait de savoir si l'usufruit du conjoint survivant sur les immeubles autrichiens de la succession pouvait être remplacé par une redevance de caractère mobilier, alternative que l'article 819 du Code civil italien met à la disposition des héritiers.

S'agissant ainsi du droit réel dont non seulement l'opposabilité aux tiers, mais l'existence même s'effectue exclusivement *ope legis*, comment isoler l'aspect objectif de ce droit en le réservant à la *lex rei sitæ*, pour subordonner les autres conditions de son existence, — et nous sommes obligés d'employer cette vague expression « autres conditions » parce que la Cour de Venise ne nous instruit pas d'une manière exacte sur la nature de cet autre aspect des droits réels qu'il faut opposer à leur aspect objectif, — à une autre loi. Et pour en finir avec ce point obscur, nous voudrions ajouter que nous comprendrions beaucoup mieux sa distinction en ce qui concerne l'établissement des droits réels *inter vivos*, où on peut distinguer comme dans l'article 1138 du Code civil français et l'article 1125 du Code civil italien, les conditions de transfert entre les parties, l'œuvre de leur volonté qui n'ont rien à voir avec la *lex rei sitæ* ou l'aspect subjectif de la transaction pour suivre les catégories de la Cour de Venise et les conditions de leur opposabilité aux tiers l'article 1141 du Code civil français, l'article 1124 du Code civil italien pour les meubles, la loi française du 23 mars 1855 et l'article 1932 du Code civil italien, 1°, pour les immeubles constituant l'aspect objectif de droits réels indépendant de la volonté des parties. Mais tel n'est pas le cas pour les successions *ab intestat* ou la constitution des droits suc-

cessoraux même dans la personne de leur titulaire s'opère aussi *ope legis* et peut être dès lors considéré comme tombant sous l'empire de la *lex rei sitæ*, non seulement en vertu du pouvoir de commandement qui lui appartient, mais même dans l'intérêt de la sécurité des tiers.

La Cour de Venise cherche d'autre part à réfuter les objections formulées contre sa doctrine.

Elle affirme d'abord qu'il est impossible d'admettre que l'article 8 ne soit, à l'égard des pays étrangers, qu'une sorte d'invitation à suivre les principes supérieurs par lesquels le législateur italien fait régir la matière des successions. La loi n'est pas faite aux fins de propagande, mais pour être indéfectiblement obéie. La Cour s'aperçoit certainement que la loi italienne ne serait de cette manière obéie que par les seules juridictions qui statueraient sur son fondement, sans qu'elle puisse produire aucun effet matériel, mais cette considération qui a paru si importante à la Cour de cassation de Turin ne lui semble point pertinente, le juge italien doit suivre la loi italienne, littéralement appliquée, quelles qu'en soient les conséquences, on peut l'ajouter. Cette manière de penser qu'on pourrait rapprocher de celle de certains militaires, est formulée dans des termes péremptoires sans aucun effort d'argumentation (1).

De même, par le même procédé d'autorité, la Cour de Venise affirme que la règle de l'article 8 s'appliquerait tant aux nationaux qu'aux étrangers, écartant ainsi aussi sans la moindre argumentation la distinction qu'a dégagée à cet égard la Cour de cassation de Palerme, non sans alourdir son affirmation par une allusion à la réciprocité, idée étrangère à l'article 8 (2).

La Cour est enfin plus heureuse dans sa réfutation de l'exception tirée d'une façon assez inattendue de l'ordre public autrichien.

La Cour indique avec raison que cette question ressortit, à ne pas en douter, entièrement de l'autorité des juridictions autrichiennes et il est inutile de commenter plus longuement ce point tout à fait évident.

(1) V. Anatole France. *Anneau d'Amétiste*. Ed. Calman-Lévy, 1925, pp. 66 et suiv.

(2) Paragraphe 11 *bis*.

§ 13. — COUR DE CASSATION DE NAPLES, 21 JUIN 1895.

L'arrêt de la Cour d'appel de Cantazaro (*supra*, § 9, § 9 *bis*) a été déféré à la censure de la Cour suprême de Naples.

Après avoir établi, conformément à l'arrêt d'appel entrepris, que le *de cujus* a été domicilié en Italie, la Cour continue :

« La succession s'ouvre au lieu du dernier domicile du défunt (article 923 Code civil).

« Et les actions en pétition d'hérédité ou en partage ou toute autre entre les cohéritiers jusqu'à la cessation de l'indivision doivent être portées devant l'autorité judiciaire du lieu de l'ouverture de la succession (article 94 du Code de procédure civile) (1). Du moment que la succession de Consentini s'est ouverte dans le royaume, point n'est besoin d'autre raison pour retenir la compétence de l'autorité judiciaire italienne. Mais néanmoins la Cour d'appel veut ajouter qu'aussi en vertu du dernier alinéa dudit article 94, le Tribunal de Cosenza aurait été régulièrement saisi, car c'est dans son ressort que sont situés dans leur majeure partie les immeubles de la succession. Le pourvoi conteste l'argumentation de la Cour en soulevant les questions connues au sujet de cet alinéa, sur le point de savoir si cet alinéa serait applicable aux successions des étrangers ou s'il fallait prendre plusieurs jugements de partage, dans le cas où tels des effets de la succession se trouveraient dans le Royaume et tels autres à l'étranger.

« Ce collège suprême retient qu'il ne convient guère d'échafauder des hypothèses et des systèmes. N'est pas applicable à une succession ouverte en Italie la disposition relative à la succession ouverte à l'étranger.

« Il n'y a pas lieu, par conséquent, de discuter le sens de l'alinéa susdit.

« Qu'il n'est pas douteux que pour les successions des étrangers ouvertes dans le Royaume, la pleine *potestas cognoscendi causam* appartient aux tribunaux italiens.

« L'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil dis-

(1) Art. 94 dernier alinéa : « Quando la successione siasi aperta fuori del regno si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, e, in difetto, davanti quella del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza.

pose (suit le texte), — cette disposition établit les critères d'après lesquels les tribunaux italiens doivent juger dans la matière des successions des étrangers ouvertes dans le Royaume. Dans l'article 8 précité, se trouvent les bases de la compétence juridictionnelle (*della giurisdizione*) de l'État par rapport aux successions de l'étranger, puisqu'elle est affirmée implicitement par le législateur. On en a douté seulement dans l'hypothèse de la succession d'un étranger ouverte en dehors du Royaume, dont les biens se trouveraient dans le Royaume.

« Mais, une telle hypothèse, comme il a été déjà observé, est étrangère à l'espèce.

« Il suffit de faire remarquer que le législateur italien a abrogé avec l'article 8 la maxime *tot hæreditates quot territoria*, en vertu d'un principe qu'on n'a pas le droit d'ignorer.

« Les effets d'une succession ne donnent pas lieu à une action séparée, — mais le sort de ceux-ci dépend de la déclaration concernant le droit successoral que fait le juge qui est compétent pour connaître de toutes les questions concernant la succession qui est considérée comme la continuation de la personne du défunt qu'elle représente.

« Le patrimoine qui tombe dans l'indivision est une universalité sans qu'il soit besoin de distinguer les divers effets qui la composent et l'endroit où ils se trouvent. Ce patrimoine est subordonné à une seule loi qui le gouverne et l'action en pétition d'hérédité et en partage fait naître une instance (*uno giudizio*) qui justement pour cette raison s'appelle universelle. Par conséquent, c'est une seule instance qui se déroule et c'est un seul juge qui en est saisi. En se conformant à l'article 8 des dispositions préliminaires, les demandeurs ont sollicité le partage de la succession de Cosentini d'après les règles de la législation canadienne, loi nationale du défunt. »

§ 13 bis. — NAPLES, 1895. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de cassation de Naples que M. Gabba a considéré comme contraire à sa doctrine (1) doit être examiné non pas seulement au point de vue de ses affirmations positives, mais aussi des réticences voulues, parce qu'étant donné

(1) *Rivista del dir. it. pr.*, 1906, pp. 222 et ss.

la gravité des questions juridiques soulevées dans le débat, la Cour a soigneusement évité de se prononcer sur les points de droit qui ne se trouvaient pas directement engagés dans le litige.

Dégageons d'abord la doctrine positive de l'arrêt, nous verrons ensuite la portée de ces réserves.

Le législateur italien a abrogé par l'article 8 la maxime *tot hæreditates quot territoria*, en vertu d'un principe qu'on n'a pas le droit de méconnaître.

Ce principe, d'ailleurs, est bien connu, c'est le désir du législateur italien d'assurer dans le plan des conflits de lois la conception romaine de l'unité successorale.

De là, la Cour tire la même conclusion pour les deux domaines, celui des conflits de lois, celui des conflits de juridiction; la première conclusion est énoncée d'ailleurs par le texte même de l'article 8, la seconde, estime la Cour, y est renfermée implicitement parce que la conception de l'universalité de succession ne pourrait être réalisée seulement par application aux litiges successoraux d'une seule loi, mais l'obligation légale de porter tous les litiges intéressant la succession devant un juge unique, celui du lieu de l'ouverture de la succession, devait y être jointe.

La Cour de cassation passe donc sous silence l'argument tiré par la Cour d'appel en faveur de la compétence des tribunaux de l'article 39 du Code canadien (1). Les règles de conflit de la loi italienne suffisent donc par elles-mêmes pour donner la solution de conflit, et il serait superflu d'invoquer celles de la loi étrangère, comme l'a fait l'arrêt attaqué, en se ralliant sur ce point à la jurisprudence de la Cour de Milan (2) même quand elles donneraient une solution conforme.

Elle rejette ainsi, dans l'espèce, la théorie du renvoi.

Mais on remarquera que la Cour ne pousse pas l'expression de son opinion jusqu'à dire que les règles de conflit de la loi étrangère ne doivent en aucun cas être prises en considération.

Pourtant, l'eût-elle fait, sa doctrine aurait gagné en netteté. Mais, l'a-t-elle voulu ?

Ce sont ses réticences évidentes qui nous font penser le contraire. Examinons-les brièvement.

(1) *Supra*, pp. 213 et 215.

(2) §§ 4, 4 bis, §§ 8, 8 bis.

La Cour reconnaît, en effet, que des discussions se sont élevées sur le point de savoir s'il fallait admettre la compétence unique des tribunaux italiens dans les hypothèses où les effets appartenant aux successions des étrangers se trouveraient les uns dans le Royaume, les autres à l'étranger. Comment faut-il les trancher ? Faudra-t-il néanmoins maintenir les dispositions des articles 94 Code procédure et 8 des dispositions préliminaires et suivre ainsi le principe de l'unité de succession, tout en se rendant compte qu'il ne tiendrait qu'aux dispositions légales des autres États souverains, pour en rendre l'effet pratique purement illusoire.

Mais la Cour de Naples ne suit pas, dans l'examen de ce problème la Cour d'appel de Catanzaro, qui a cru devoir marquer que du moins dans l'hypothèse où la succession des Italiens s'ouvrirait à l'étranger et où il n'y aurait pas de biens situés en Italie, ces dispositions ne seraient pas applicables, la Cour de cassation, du moment que les faits de l'espèce ne l'y obligent pas directement, se refuse à discuter ces hypothèses sous leur aspect théorique.

Pourtant, cette dernière hypothèse offre un intérêt doctrinal indiscutable parce que l'acceptation de la compétence des tribunaux italiens disloquerait certainement le principe d'unité de l'instance posé par la Cour de cassation, comme on l'a d'ailleurs soutenu devant la Cour de Catanzaro, résultat d'autant plus grave que, tout contraire qu'il serait au principe fondamental du droit civil italien de l'unité des successions, il aurait été acquis sur le fondement des textes italiens.

La Cour de cassation de Naples refuse de discuter cette question de droit qui ne se pose pas directement au litige et elle passe sous silence la même situation qui résulte nécessairement même pour l'hypothèse du litige de la reconnaissance par les tribunaux étrangers de leur compétence quant aux immeubles successoraux se trouvant dans leur ressort et l'application par eux de la *lex rei sitæ*.

L'arrêt de la Cour de Naples, dont la portée de par la volonté même de la Cour est circonscrite aux faits de l'espèce, nous paraît donc loin d'être un arrêt de principe.

§ 14. — COUR DE CASSATION DE FLORENCE, 5 DÉCEMBRE 1895 (1).

La Cour de cassation de Florence a rendu, le 5 décembre 1895, un arrêt de principe longuement motivé dans lequel elle a rejeté le renvoi.

Les faits de l'espèce sont les suivants :

Un sieur Lanz, sujet autrichien, à l'occasion du mariage de sa fille Caroline avec un sieur de Bersa, lui constitue par contrat de mariage une dot, et par ce même contrat tant elle que son mari déclaraient se contenter de cet avancement d'hoirie et renoncer à tout droit dans la succession future du père.

Mais après le décès de ce dernier survenu en Italie, la dame Bersa a attaqué les dispositions testamentaires de son père en demandant notamment que soit déclarée nulle, comme contraire à la loi italienne, sa renonciation à ses droits d'héritière et que son admission au partage des biens laissés par le défunt eût lieu.

Le Tribunal civil de Trévise fit droit à cette demande par un jugement du 4-8 juillet 1893. Mais la Cour d'appel de Venise, en réformant ce jugement, a débouté la demanderesse qui s'est alors pourvue en cassation.

La Cour de cassation de Florence a cru devoir dégager tout d'abord les principes théoriques et traditionnels devant régir la matière.

« Considérant que déjà au Moyen Age, les jurisconsultes italiens Balde, Bartolomeo da Saliceto et autres, en discutant la question de la jouissance des droits civils par les étrangers, les assimilaient aux citoyens toutes les fois qu'à leur égard n'existaient pas des restrictions particulières et spéciales. »

Ceci posé, la Cour poursuit la transformation de ce principe à l'époque moderne.

« Des décombres de la féodalité est sorti ensuite le principe de la nationalité et les peuples, s'organisant en autant d'États autonomes et indépendants liés par une communauté de droit, on a vu aussitôt la doctrine et les Codes formuler des règles de droit international privé plus justes et plus sûres, parmi lesquelles celle qui tient la première place est celle-ci « que chacun puisse prévoir avec quelque certitude d'après quelles lois seront

(1) *Annali della Giur. Ital.*, 1895, I, 575.

appréciés les droits qui s'attachent à sa personne, à ses biens, à chacun de ses actes. »

« C'est pourquoi les rédacteurs du Code civil italien, inspirés par un mouvement progressif dans les idées conformes aux besoins pratiques des individus provoqués par la facilité croissante des communications et la liberté des échanges commerciaux, ont répudié toute idée de réciprocité (article 3 du Code civil) (1), ont rejeté la vieille théorie des statuts et ont substitué à *la loi prédominante du domicile la loi nationale* par rapport à l'état et la capacité des personnes et les relations de famille (article 6 des dispositions préliminaires). Nos lois n'ont pas d'autorité impérative partout et nous ne pouvons pas les imposer aux étrangers. Celles-ci, en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille en ce qui touche l'ordre successoral, l'étendue des droits successoraux, la validité intrinsèque des dispositions (à cause de mort) (2), et en tant que viennent en jeu la substance et les effets des obligations, n'ont pas d'autorité à l'égard des étrangers, qui sont régis par leur loi nationale.

« Pour qu'il soit dérogé à ces principes, il faut qu'il y ait un *conflit d'autorité* entre les lois étrangères et les nôtres. Et pour déterminer les conditions dans lesquelles un conflit pareil peut se produire, il faut distinguer d'une part les lois qui ont pour but de régler directement les rapports et les intérêts privés, et d'autre part celles qui ont pour but immédiat de régler la constitution politique, économique et morale de l'État (3).

« Dans toutes les dispositions du Code civil, comme il a été déjà remarqué, peut se trouver une raison d'intérêt public. Mais s'il avait fallu s'arrêter à cette seule considération, sans tenir compte de la différence entre les institutions juridiques en vigueur dans différents pays et dépendantes des conditions différentes de civilisation, et si on avait dû toujours partir des conceptions absolues de moralité dans l'appréciation de leur

(1) Art. 3 du C. civ. : « Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attributi ai cittadini ».

(2) Notre parenthèse.

(3) Bisogna distinguere le leggi che mirano *direttamente* a regolare i rapporti e gli interesse privati, da quelle che mirano *direttamente* a regolare l'ordinamento politico, economico e morale del Stato. Conf. Ulpian, « publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem ». Dig., I. I. L. I. 2.

formation différente de nos institutions, on arriverait à cette conséquence qu'en réalité on refuserait toute autorité aux lois étrangères et on imposerait nos lois au monde tout entier (1).

« Cette distinction établie, il est facile de retenir dès lors que les lois de la première espèce n'exercent une autorité souveraine qu'à l'égard des personnes et des familles qui sont soumises à l'empire du législateur, tandis que celles de la seconde espèce, c'est-à-dire celles qui abolissent une institution juridique déterminée (la mainmorte, les fidéicommiss, les majorats, l'esclavage, la polygamie et semblables) et qui s'incorporent à l'organisation politique, économique et morale de l'État (2) exercent leur autorité à l'égard de tout le monde, tant sur le territoire qu'à l'étranger, parce qu'elles sont la condition essentielle de son existence, de sa personnalité politique en face des autres États (3); or, la reconnaissance juridique d'une institution abolie leur donnerait un renouveau de vie dans l'État lui-même.

« Il s'ensuit avec évidence de tout ce qui précède qu'il n'y a aucune offense à l'ordre public et à la morale publique dans la reconnaissance juridique d'un acte juridique de la première catégorie (concernant l'état des personnes, la capacité, en somme les rapports privés), légalement accompli à l'étranger en conformité avec la loi qui a été appelée à le régir.

« Et dans l'espèce, la Cour de Venise a justement observé « que par les lois prohibitives touchant à l'ordre public et aux bonnes mœurs, on ne peut entendre que celles qui concernent directement la protection de l'organisation de l'État. »

« Les immeubles de la succession ne subiront dans leur sort aucune modification dérogatoire aux lois du Royaume si on suit à l'égard de leur transmission la volonté exprimée par Lanza. Le législateur italien ne peut étendre la portée de son Code à l'Autriche afin d'améliorer la condition en droit de la demanderesse. Et la communauté de droit emporte par conséquent le respect de la loi autrichienne dans les limites qui viennent d'être exposées. »

(1) Il est intéressant de rapprocher ces observations des célèbres réflexions de M. le Conseiller Denis dans son rapport dans l'affaire Soulié, *supra*, p. 86, note 1.

(2) Che si compenetrano con l'ordinamento politico, economico e morale dello Stato.

(3) Sua personalità politica al dirimpetto degli altri Stati.

La Cour aborde maintenant le moyen tiré de la théorie du renvoi.

« On invoque en vain que dans les pays allemands, où sont admises les renonciations des filles aux successions paternelles, on doit apprécier leur validité selon les lois du lieu où le défunt avait son dernier domicile.

« Mais cette règle n'a d'effet que dans les limites du territoire de l'État allemand et non point en dehors.

« D'ailleurs le § 300 du Code civil autrichien, identique au dernier alinéa de l'article 7 des dispositions préliminaires (1), n'est pas applicable pour la solution de la controverse du moment que ce cas d'espèce est compris dans l'hypothèse prévue par l'article 8 des dispositions préliminaires.

« Ainsi, même s'il est prouvé que la succession se trouve ouverte en dehors du territoire de l'Autriche, ce fait n'a pas d'influence décisive sur la solution du litige, car c'est la loi nationale du *de cujus* qui doit prévaloir toujours et sans distinction aucune. Et enfin, il est absolument erroné de soutenir que le Code autrichien, en abdiquant sa propre autorité, réclame dans l'espèce pour ses ressortissants l'application de notre droit civil positif. Par conséquent, il n'y a pas de violation de l'article 12 des dispositions préliminaires.

« Entre les États civilisés et pour la plupart des cas, les lois ne viennent pas à vrai dire en conflit entre elles, mais il s'agit plutôt d'appliquer tantôt l'une, tantôt l'autre aux cas particuliers » (1).

§ 14 bis. — FLORENCE, 1895. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de cassation de Florence est bien instructif si on examine avec attention sa vraie économie.

Quelle était la difficulté juridique qui se posait devant la Cour ?

(1) *Art. 300 Code civil Autrichien.* « Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen; alle übrigen Sachen hingegen stehen mit der Person des Eigentümers unter gleichen Gesetzen ».

(2) *Entre Stati civili e nella maggior parte delle questioni le leggi propriamente non vengonoin collisione fra loro, mentre trattasi invece di applicare or l'una or l'altra secondo i singoli casi.*

Une femme autrichienne a renoncé par le contrat de mariage, ainsi que son mari, à toute prétention à la succession éventuelle de son père, Autrichien aussi, qui lui constitua à cette occasion une dot. L'acte a été passé par-devant notaire en Autriche à Zara. La succession est ouverte en Italie au dernier domicile du *de cuius*, où une partie des effets successoraux se trouve réunie matériellement. Cela étant, l'autorité italienne peut intervenir avec efficacité et imposer le partage conformément à ses vues. C'est pourquoi la femme attaque la validité du pacte de renonciation à la succession future, nul d'après la loi italienne. Mais pour que ces prétentions soient justifiées en droit, il faut que la loi italienne soit juridiquement reconnue applicable à l'espèce. Comment atteindre ce résultat en face de la règle de l'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien, attribuant la compétence dans la matière successorale à la loi nationale. Deux moyens sont présentés. Un tiré de l'ordre public international, l'autre de la théorie du renvoi.

La Cour rejette les deux moyens en formulant à cette occasion son point de vue quant aux fondements du droit international privé.

Elle présente tout d'abord, en suivant l'exemple de la Cour de cassation de Palerme dans son arrêt de 1894 (1), un aperçu rapide d'ensemble sur le développement du droit international privé, — moins net cependant dans ses divisions et moins profond certes dans ses vues. Elle arrive toutefois, dans cet ordre d'idées très général, à indiquer utilement que parmi les buts qui doivent être assignés aux règles de droit international privé moderne, la première place appartient à celui d'assurer à chacun quelque certitude quant à la loi applicable à sa personne, à ses biens, à ses actes. C'est donc de l'intérêt des particuliers et de leur protection efficace que doit s'inspirer le droit international privé ; à ce point de vue, la Cour de cassation de Florence se rapproche de la doctrine de la Cour de cassation de Palerme (1) qui voyait aussi dans le respect de la personnalité humaine la base des règles de droit international privé.

Or, cette préoccupation essentielle de la Cour de cassation de Florence d'assurer à chacun la sécurité juridique n'est pos-

(1) *Supra*, §§ 11, 11 bis.

sible que si chacun peut savoir d'avance à quelle loi seront soumis, tant dans le passé que dans l'avenir, sa personne, ses biens, ses actes juridiques.

Il est évident qu'à ce point de vue la soumission de tous ces rapports de droit à la loi nationale offre un avantage de certitude considérable par comparaison avec la loi du domicile qui, pour un individu, peut changer beaucoup plus souvent que sa nationalité. C'est la raison pour laquelle le législateur italien a attribué un domaine considérable à la loi nationale, en y comprenant la capacité, l'état, les rapports de famille, les successions, la substance et les effets des obligations, quand elles sont contractées par les étrangers de même nationalité, du moins, et sous la réserve de l'autonomie de la volonté (1).

Et à cette doctrine de la Cour, il faut ajouter une remarque très importante qu'on trouve à la fin de l'arrêt où la Cour fait observer qu'entre les États civilisés et pour la plupart des cas les lois ne viennent pas à vrai dire en conflit entre elles, mais qu'il s'agit plutôt d'appliquer tantôt l'une, tantôt l'autre aux cas particuliers.

N'est-ce pas à dire que la Cour refuse de voir dans les solutions du droit international privé le résultat du règlement d'un conflit de souveraineté, conception qui aboutit nécessairement à une tendance de fond de donner la prédominance à la *lex fori*, mais que pour la Cour de cassation de Florence et en cela elle précise et développe la pensée de la Cour de cassation de Palerme, l'application de la loi étrangère aura donc lieu par le seul respect de la personnalité humaine en dehors de toute idée de réciprocité en dehors de toute considération de l'équilibre international entre les souverainetés reposant en dernier lieu sur l'équilibre des forces internationales (2).

On respectera l'homme en tant qu'homme et la loi étrangère sa loi nationale, avant tout comme sa loi propre parce qu'il est équitable de lui appliquer la loi à laquelle il emprunte nécessairement souvent même d'une façon purement instinctive toutes les conceptions de droit à travers lesquelles il se représente l'aspect juridique, voire l'aspect de la justice régissant ses rapports de la vie quotidienne (3).

(1) Art. 9 des dispositions préliminaires du C. civ. italien.

(2) *Supra*, L. I. Ch. VII, § 1.

(3) *Supra*, L. I. Ch. X et XI.

Il suffit, pour qu'il en soit ainsi, que la loi dont l'homme se réclame soit une loi d'un État civilisé.

Partant en tout sérénité et en s'appuyant sur cette seule conception de la justice, on appliquera telle ou telle autre loi, en se guidant sur les seuls caractères juridiques du litige donné, sans aucun désir apparent ou caché de donner la prépondérance à la *lex fori*.

Et enfin, la dernière considération pour renforcer encore cette conception aussi élevée que solide. Laisser les étrangers sous l'empire de leur loi nationale, c'est les laisser subordonnés au pouvoir légitime de leur propre souverain, leur imposer une autre loi serait un acte d'autorité, l'exercice d'un pouvoir de fait et non point un acte basé sur le droit.

C'est ces principes qui commanderont à la Cour de cassation de Florence son attitude à l'égard de deux théories des plus importantes du droit international privé, celle de l'ordre public international, et celle du renvoi dont la liaison intime dans l'espèce s'est manifestée parce que toutes deux ne furent invoquées que pour faire prévaloir la *lex fori* sur la loi étrangère normalement applicable en vertu de l'article 8 des dispositions préliminaires afin de contester la validité d'un pacte de renonciation à une succession future.

Et l'attitude de la Cour par rapport à la théorie d'ordre public international d'abord.

On ne peut écarter la loi étrangère normalement applicable que s'il se produit entre elle et la *lex fori* un conflit d'autorité, c'est-à-dire si la loi étrangère vient se heurter à une disposition de la *lex fori* qui doit nécessairement recevoir son application. La Cour dit « le conflit de l'autorité », elle emploie ce terme insolite pour éviter toute confusion quant à sa pensée, mais elle aurait pu parler autant ici d'un vrai conflit des lois, du moment qu'elle a écarté cette notion par rapport aux questions ordinaires du droit international privé qui, on l'a vu, doivent recevoir leur solution en dehors de toute idée de conflit. Or, ce conflit dans lequel la *lex fori* doit nécessairement l'emporter dans quels cas se produit-il ? — Quand il s'agit des lois italiennes qui font directement régler non pas les intérêts privés, mais les questions qui touchent à la constitution politique, économique et morale de l'État.

La Cour ne se dissimule guère qu'il est difficile de tracer une ligne de démarcation ferme et de donner un critère théorique

sûr qui permettrait de discerner dans tous les cas ces dispositions d'ordre public international, mais elle renforce sa définition de deux manières.

Elle précise d'abord que vouloir étendre la notion d'ordre public international à toutes les dispositions de la loi italienne sous prétexte que la loi italienne est, dans le sens absolu du mot, plus morale que les lois étrangères, sans tenir compte des différences des civilisations que ces lois expriment, — conduirait à la négation du droit international privé en général, ce à quoi la Cour se refuse résolument.

L'application de l'idée d'ordre public international doit être tout à fait exceptionnelle, et par quelques exemples frappants tels la mainmorte, les fidéicommiss, les majorats, l'esclavage, la polygamie, elle indique les cas où son application se justifie.

Bref, la théorie de l'ordre public international ne doit pas servir de prétexte à l'application de la *lex fori*, au détriment de la loi étrangère, parce qu'il ne doit y avoir de prédilection à l'application de la loi du juge saisi. Point de vue qui exprime certainement une conception autrement élevée du droit que celle du célèbre rapport de M. le Conseiller Denis dans l'affaire Soulié (1).

Ces principes si justes auraient sans doute dû conduire la Cour à une solution plus exacte qu'elle n'a donnée en passant à la seconde exception en faveur de la loi italienne tirée de la théorie du renvoi, si elle n'était pas défavorablement influencée par les motifs mêmes qui ont été invoqués en sa faveur.

C'est que, liée comme elle l'était dans l'espèce à la théorie de l'ordre public international, elle apparaissait comme une théorie limitative de l'application normale de la loi étrangère, tendance générale d'ailleurs dans la jurisprudence française surtout, à laquelle la Cour a cru devoir s'opposer au nom des principes.

En effet, en dehors même de la liaison entre les deux théories, c'est sous cet aspect que la théorie du renvoi, prise en elle-même, a été présentée à la Cour. Il y a conflit de deux souverainetés, argumentait-on sans doute devant la Cour, — de la souveraineté autrichienne et de la souveraineté italienne.

Et on en tirait cet argument que l'arrêt reproduit :

Du moment que la souveraineté autrichienne abdique devant

(1) *Supra*, p. 86, note 2.

la souveraineté italienne, comment dès lors ne pas accepter cette abdication, comment ne pas appliquer la loi italienne ?

Mais la Cour écarte cet argument en le déclarant manifestement erroné. A première vue, il semble qu'il n'y ait là qu'une simple affirmation. Cependant, à la réflexion, les raisons de la Cour, si elles ne sont pas exprimées directement à l'appui de sa condamnation de l'argumentation du pourvoi, se déduisent d'une manière certaine de sa doctrine générale. Comment, en effet, peut-on parler d'une prétendue abdication de la part d'une des souverainetés en conflit quand, dans l'opinion de la Cour, il ne s'agit d'aucun conflit dans la plupart des problèmes du droit international privé ! L'argumentation du pourvoi repose sur une représentation inexacte des problèmes du droit international privé. Cela étant établi, toute argumentation partant de cette base erronée tombe par voie de conséquence logique inéluctable.

Mais reconnaître la fausseté d'un argument articulé en faveur du renvoi n'est pas incompatible avec l'admission de la théorie elle-même pour d'autres motifs, à condition qu'il n'y ait pas de contradictions inconciliables entre elle et la doctrine générale de la Cour de cassation de Florence sur le fondement des règles du droit international privé. Or, en examinant les autres raisons que la Cour fait valoir contre le renvoi, on a l'impression que son effort d'analyse faiblit et que du moment que la théorie du renvoi est soutenue par le pourvoi dont la tendance générale ne concorde pas du tout avec la doctrine de la Cour, la Cour, comme si elle était aveuglée par ces contradictions, n'arrive pas à en dégager le vrai aspect.

Et tout d'abord, à l'encontre du pourvoi, qui se réclame de l'article 300 du Code civil autrichien, la Cour lui assigne une portée exclusivement territoriale et raisonnant sur le renvoi seulement elle se prononce ainsi, sans s'en apercevoir peut-être, sur le problème plus général de l'autorité des règles du droit international privé d'une loi étrangère.

Car la question aurait pu être posée différemment.

On aurait pu dire, le législateur autrichien n'émet aucune prétention d'imposer sa volonté en dehors du territoire sur lequel il exerce son pouvoir, mais il entend seulement limiter l'action de sa propre loi interne à son territoire. Cette action

limitative ne ressortit-elle pas d'une manière certaine du pouvoir du législateur tant dans l'espace que dans le temps ? (1).

En effet, la Cour de cassation de Florence aurait pu dire à la rigueur, la règle du droit international privé autrichien ne peut pas nous imposer sa manière de voir sur notre territoire, elle ne peut pas nous imposer l'application de la *lex domicilii*, mais nous ne pouvons pas non plus faire dépasser à la loi autrichienne les limites légitimes qu'elle s'est assignée elle-même.

Alors, sans doute, une impasse se créerait. Comment en sortir ?

Mais en recourant à l'idée du *heimatlosat* civil (2), que nous développons dans la partie dogmatique de cet ouvrage, et de *res nullius legis*, qui devront suivre ainsi la *lex rei sitæ* à ce titre-là.

Et qu'on ne dise pas que dans ce cas on aboutirait, sous une autre qualification, toujours à l'application de la loi italienne, la *lex rei sitæ*.

Ce n'est qu'une coïncidence de fait qui n'infirme nullement la valeur du raisonnement, et qui pourrait d'ailleurs ne pas se produire. Qu'on suppose la succession ouverte dans un pays tiers, en suivant la doctrine de la Cour de cassation de Florence sur la territorialité de la règle de conflit de la loi étrangère, on pourrait soutenir certes l'inapplicabilité de la *lex domicilii*, ce qui ne rendrait toutefois pas applicable la loi autrichienne elle-même à titre de loi nationale, limitée qu'elle serait par son propre territoire.

Alors, la *lex fori* aurait pu intervenir à titre de loi applicable sans se confondre avec la loi du domicile et en dehors de toute hypothèse de renvoi.

On ne saurait donc se rallier au raisonnement de la Cour même et admettre avec elle le caractère exclusivement territorial de la règle de droit international privé autrichien en question. Mais la Cour de cassation de Florence n'est pas très ferme elle-même dans son affirmation de territorialité.

Ne fait-elle pas remarquer que la règle du § 300 est conforme à celle de l'article 7 des dispositions préliminaires, ce qui sem-

(1) *Supra*, p. 81.

(2) *Supra*, pp. 71, 77, ainsi que pp. 145 et ss. qui permet une meilleure solution basée sur la reconnaissance du pouvoir de commandement ; conf. *infra* p. 264.

ble lui reconnaître un effet extra-territorial en tant qu'elle se trouve en harmonie avec la règle correspondante de la *lex fori*, et ne l'écarte-t-elle pas définitivement en constatant qu'elle se heurte à la disposition contraire de l'article 8 en tant que s'étendant à la matière successorale aussi ?

Quelle est la raison pour laquelle la Cour attribue ainsi la valeur d'un impératif absolu aux règles de conflit de la *lex fori* ?

Comment se déduit-il de l'exposé des principes généraux par elle fait dans son arrêt ? Il serait oiseux et aventureux surtout, de chercher de le trouver sans que l'arrêt lui-même donne des éléments solides sur lesquels on aurait pu bâtir une explication ayant quelque certitude, mais il convient de retenir qu'en tout cas, on ne comprend pas comment la loi autrichienne est dessaisie du pouvoir de commandement sur ses propres ressortissants au profit de la *lex fori*, et surtout si, par effet de ce commandement, la loi autrichienne chercherait à les soumettre à la loi italienne. Les règles du droit international privé italien auraient pu seulement s'y opposer si la jouissance des dispositions de la loi italienne était réservée aux citoyens italiens seuls, ce qui poserait la question de la condition des étrangers, sous une forme sous laquelle elle n'existe point en droit italien (1).

Toutefois, si critiquable que nous paraisse le raisonnement de la Cour, nous croyons qu'à tout prendre sa solution est exacte. Seulement, pour la justifier, il aurait fallu l'appuyer sur d'autres considérations dont les éléments se retrouvent dans l'arrêt même.

On aurait pu répéter, avec la Cour, il faut que chacun puisse savoir avec quelque certitude, la loi dont dépendront les effets de ses actes juridiques.

Les parties au procès, toutes autrichiennes, ont fait en Autriche devant notaire un pacte de renonciation à une succession dans les conditions les plus légales du monde. Or, aux yeux de la loi autrichienne, ce pacte n'est qu'une simple convention faisant partie du contrat de mariage et obéissant aux règles gouvernant la formation des obligations conventionnelles en général ; en effet, l'objet de cette convention, le droit dans une succession future, ne lui imprime point un caractère

(1) *Supra*, pp. 145 et ss.

spécial susceptible de la distinguer des autres conventions, la loi autrichienne ne soumettant les pactes sur succession future à aucune réglementation particulière.

Or, les conventions sont soumises universellement à la loi d'autonomie et la loi autrichienne à laquelle, sans aucun doute possible, les parties ont voulu se référer, ne contient dans cet ordre de matière aucune disposition pareille au § 300 restreignant l'action de la loi autrichienne au territoire national dans la matière de succession, — rien ne devait donc mettre obstacle à son application. La situation juridique devant laquelle s'est trouvée la Cour de cassation de Florence était très semblable à celle dont eut à connaître la Cour d'appel de Milan, dans l'arrêt du 20 avril 1894 (1) et la solution devait être la même, comme elle le fut en fait.

Ainsi cette loi normalement applicable en l'espèce ne pouvait être écartée, le cas échéant, qu'en vertu de l'idée de l'ordre public international, ce que la Cour de cassation de Florence n'a pas admis dans la première partie de l'arrêt.

Seulement, pour arriver à cette justification correcte de sa solution que la Cour a peut-être sentie instinctivement, il aurait fallu résoudre exactement la question des qualifications, — décider notamment s'il fallait voir dans le rapport de droit litigieux une question de convention matrimoniale, ou une question de succession.

La Cour, tout en sentant qu'il s'agissait surtout d'une question de conventions et hostile sans doute à la mauvaise foi évidente des consorts Bersa qui cherchaient à échapper aux effets des conventions librement consenties, au lieu d'adopter la qualification de la loi étrangère, à qui les parties étaient soumises au premier chef à titre de loi nationale (2) et en second lieu à titre de loi librement choisie pour régir leurs conventions et écarter ainsi l'appel à la loi italienne qui ne pouvait à aucun titre s'appliquer à cette convention, l'a considérée à tort comme une question de succession par application de la qualification

(1) *Supra*, § 8 bis.

(2) C'est cette solution exacte quand la qualification qui, a donnée la Cour d'Alger, dans une espèce où il s'agissait justement de savoir si le rapport de droit litigieux devait être soumis à la loi maltaise à titre de loi gouvernant le régime des biens entre époux, ou à la loi française à titre de loi régissant les successions. *Clunet*, 1899, pp. 1171 et ss. *Supra*, p. 31, note 2.

de la *lex fori* ; c'est par cette qualification qu'elle a risqué d'apporter la plus grande incertitude dans le rapport de droit qui paraissait tout à fait certain, considéré tel qu'il a été envisagé par les parties au moment de sa formation ; — cette erreur, une fois commise, la Cour ne disposait plus d'autres moyens pour arriver à une solution exacte et équitable qu'en rejetant le renvoi.

C'est ainsi qu'il convient, à notre sens, d'interpréter cet arrêt, un des plus instructifs dans la matière et qui montre d'une manière frappante la liaison des trois théories limitatives, celles de l'ordre public international, des qualifications et du renvoi.

§ 15. — TRIBUNAL CIVIL DE NAPLES, 5 JUIN 1899 (1).

« Attendu que la barque de pêche « Charlotte », montée par un patron et des matelots français, fut abordée et coulée le 2 octobre 1894 par le navire « Oriente » alors qu'elle se trouvait à l'ancre près des côtes de l'Angleterre, à trois milles environ du phare de Portland ; que par suite de cet abordage, le patron périt avec quatre matelots et les deux autres matelots qui réussirent à se sauver, furent atteints de blessures qui entraînèrent pour eux une incapacité permanente de travail ; que les veuves et héritiers des défunts et les matelots survivants intentèrent contre les propriétaires de l'« Oriente » une action en dommages-intérêts à raison du préjudice subi ;

« Attendu que pour la recevabilité de cette action, il suffit aux héritiers des victimes de produire les pièces justificatives de leur qualité, sans qu'ils soient tenus, même s'ils sont, comme dans l'espèce, des sujets étrangers, de faire une déclaration de succession ;

« Attendu que, d'après l'article 9 Code civil italien, les obligations auxquelles un fait donne naissance se déterminant d'après la loi du lieu où ce fait s'est produit ; que dans l'espèce, l'abordage a eu lieu à trois milles du phare de Portland, et par suite dans les eaux anglaises, vu que dans l'opinion générale, la mer territoriale s'entend de la partie de la mer que l'artillerie des côtes peut efficacement protéger et défendre,

(1) *Dalloz*, 1901, 2, p. 260.

et qu'à trois milles de terre le tir de l'artillerie a toute efficacité ; qu'en conséquence, d'après la règle *locus regit actum*, c'est la loi anglaise qui est applicable soit à la constatation du fait, soit à la détermination de ses conséquences juridiques ;

« Attendu que d'après la jurisprudence anglaise, la responsabilité des armateurs en cas d'abordage dans les eaux anglaises, se règle d'après la loi du pavillon, le navire étant considéré comme une portion flottante de la nation à laquelle il appartient ; que l'on doit dès lors appliquer dans le cas actuel la loi du pavillon du navire abordeur, à savoir la loi italienne, puisque l'« Oriente » est un navire italien ; qu'au surplus, les armateurs ayant donné au capitaine un mandat régi par les dispositions de leur loi nationale, c'est cette loi qui est applicable à raison des faits de leur préposé ; que ce principe est admis par la jurisprudence française comme par la jurisprudence italienne ;

« Attendu qu'il y a lieu de faire une distinction entre la responsabilité des armateurs à raison du fait de leur mandataire et la déchéance du droit qui appartient aux tiers lésés de réclamer des dommages-intérêts aux armateurs sur le fondement de cette responsabilité et de rechercher quelle est la loi applicable ;

« Attendu que dans l'opinion générale, la prescription ainsi que les déchéances ou fins de non-recevoir se règlent d'après la loi du lieu où l'action est intentée, que la loi anglaise *lex loci*, renvoyant à la loi italienne comme étant la loi du pavillon du navire abordeur, cette loi est également, comme loi du tribunal saisi, celle qui est applicable à la prescription et à la déchéance proposées contre l'action des demandeurs. »

§ 15 bis. — NAPLES, 1899. COMMENTAIRE.

La décision du Tribunal civil de Naples doit être reproduite et analysée parce qu'elle touche directement à la question du renvoi dont nous nous occupons ; mais il convient de faire remarquer immédiatement qu'elle présente peu d'intérêt au point de vue théorique. Si la théorie du renvoi est admise par le Tribunal, à l'occasion du renvoi par la loi anglaise applicable comme la loi du lieu où le fait d'abordage s'est produit à la loi du pavillon du navire abordeur, — la loi italienne, — aucune

justification n'en est donnée. Faut-il le regretter. Pas nécessairement, parce qu'il aurait été difficile de trouver des observations instructives concernant cette matière si difficile dans un jugement caractérisé par une faute de droit international privé aussi lourde, que l'application de la règle *locus regit actum*, à la loi dont devait ressortir un quasi-délit, celui d'abordage notamment. D'ailleurs, ce n'est pas le seul défaut de ce jugement, dont partant, il est sans intérêt de présenter ici une analyse plus détaillée.

§ 16. — COUR D'APPEL DE MILAN, 15 JUIN 1899.

La Cour d'appel de Milan a eu à se prononcer, le 15 juin 1899 (1), dans une affaire où il s'agissait du divorce de sujets hongrois et où s'est posée la question de l'autorité de la loi hongroise touchant aux règles de compétence des tribunaux étrangers dans cette matière.

La Cour commence par faire remarquer « que la question de la compétence suppose le pouvoir de juridiction, lequel étant l'émanation nécessaire de la souveraineté, ne saurait dépasser les limites de celle-ci et s'étendre aux personnes d'un autre État » (2).

« Mais », continue la Cour, « il n'en est pas moins vrai qu'étant donné la disposition de l'article 3 du Code civil, qui admet l'étranger à jouir des droits civils, attribués aux citoyens et la règle de l'article 6 des dispositions préliminaires, qui fait régir l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille par la loi de la nation, dont ils sont ressortissants, on ne saurait exclure de la compétence des tribunaux nationaux les questions concernant le statut personnel de l'étranger. La règle insérée dans l'article 6 précité postule en sa faveur une sorte d'extension idéale sur le territoire italien du milieu juridique étranger (3) étant donné que ce fait ne peut pas consti-

(1) *Giurisprudenza italiana*, t. LI, année 1899, pp. 715 et ss.

(2) Vero è che la competenza suppone un sostrato di giurisdizione, la quale essendo necessaria emanazione della sovranità non può oltrepassare i limiti di questa ed estendersi a persone d'altro stato.

(3) L'istituto accolto dall'articolo 6 citato induce al concetto di una continuità in Italia dell'ambiente giuridico dello straniero a favor suo.

tuer une cause de trouble juridique, parce qu'il n'est question que des rapports des étrangers entre eux, ni des perturbations politiques et morales, parce que ce milieu juridique n'est que le résultat d'une autre législation positive, apparentée au point de vue moral à la nôtre et au point de vue politique égale par son droit au respect.

« Ceci posé, le juge italien pouvant appliquer aux étrangers la loi de leur pays d'origine, la Cour est appelée à appliquer la loi hongroise aux époux Luppis de Krammer en ce qui concerne la question de la rupture du lien conjugal. Il résulte de cette loi, que la première recherche à faire est celle d'examiner si elle ne s'oppose pas à la demande de divorce parce que s'il en était ainsi, il serait inutile de rechercher quelles sont les limites de la compétence des tribunaux italiens dans la matière du divorce.

« Que le Code hongrois admet le divorce est indiscutable comme il résulte du § 73...

« Mais faisant abstraction de ces dispositions et ne s'arrêtant qu'au chapitre VII exclusivement qui traite des mariages célébrés à l'étranger, il est nécessaire de prendre en considération l'idée directrice du Code qui tend à régir tant la validité que l'invalidité de ces mariages.

« En effet, le § 109 dispose que, dans le cas où un citoyen hongrois contractant mariage avec une femme étrangère (ce qui est justement le cas sur lequel la Cour est appelée à se prononcer), que ce soit à l'étranger ou en Hongrie, la validité du mariage sera appréciée d'après la loi hongroise, à l'exception de la question de l'âge et de la capacité d'agir de la femme.

« Et le § 114 dispose que dans les procès touchant à l'état de mariage des ressortissants hongrois, aucune autre décision que celle émanant de l'autorité judiciaire hongroise ne sera valable. D'où il suit que les autorités italiennes, à cause d'une interdiction expresse, ne peuvent pas se prononcer sur les rapports touchant à l'état, à la famille des citoyens hongrois, parce que la loi de la nation hongroise ne consent pas à ce que sous cet aspect soit transporté d'une façon idéale en Italie le milieu juridique propre à ses ressortissants...

« On objecte encore que le jugement ne fera sortir son effet qu'en Italie et non en Hongrie et que de ce fait le § 114 ne saurait être invoqué. Mais à l'examiner de plus près, cette objection aboutit à une absurdité juridique. Il ne peut pas être

question de donner force exécutoire à une décision tant qu'on ne démontre pas d'abord le droit d'obtenir cette décision de l'autorité à laquelle on la demande. Et si les magistrats italiens ne peuvent pas se prononcer sur les rapports de famille et sur le statut personnel des ressortissants hongrois, et ceci d'après la loi de leur État parce que cette loi se réserve ce droit, il est conforme à la logique et à la justice que les magistrats italiens se refusent à prononcer le divorce demandé, quand la loi de la nation étrangère déclare qu'aucune décision n'aura d'efficacité sauf celle prononcée par l'autorité judiciaire hongroise.

« Ces considérations suffisent pour décider que les parties en cause ne sauraient demander à l'autorité judiciaire italienne de prononcer le divorce. »

§ 16 bis. — MILAN, 1899. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de Milan, comme tant d'autres décisions judiciaires italiennes, est des plus remarquables par son effort de pénétration et de recherche du vrai fondement des règles du droit international privé et il offre ainsi un haut intérêt doctrinal. Il examine deux questions extrêmement importantes, l'étendue de l'autorité des règles de conflit de la *lex fori* par rapport au statut personnel des étrangers et la question corrélative de l'étendue de l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère et la loi nationale des intéressés notamment.

En effet, la règle de conflit de la *lex fori*, l'article 6 des dispositions préliminaires au Code civil italien édicte :

L'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent. C'est donc à la différence de la règle analogue de l'article 3, § 3, Code civil français, qui ne s'occupe que des Français à l'étranger, et pour éviter toute discussion au sujet du sens dans lequel il faut interpréter ce silence que la loi italienne a pris cette disposition qui vise sans aucun doute tant les nationaux que les étrangers. Comment, dès lors, une discussion serait-elle possible ? Pour le comprendre, il faut suivre attentivement la trame assez compliquée des raisonnements de l'arrêt. Dans l'espèce soumise à la Cour de Milan, il s'agissait de se prononcer sur une demande de divorce entre étrangers. Et la Cour de se poser la question de sa compétence d'abord. Ques-

tion de condition des étrangers en premier lieu. Les étrangers peuvent-ils ester en justice en Italie ? Oui, répond la Cour, d'abord, parce que l'article 3 des dispositions préliminaires les admet en principe à la jouissance des droits civils et que, dès lors, on ne saurait leur interdire l'accès du prétoire italien, d'autre part, l'article 6 des dispositions préliminaires fait régir le statut personnel des étrangers par leur loi nationale.

Comment cette disposition légale aurait-elle pu recevoir une application en Italie, si en même temps les tribunaux italiens ne s'étaient pas reconnus compétents pour connaître des affaires concernant le statut personnel des étrangers. C'est ainsi que la disposition de l'article 6 comporterait implicitement l'attribution de compétence des juridictions italiennes.

Mais quelle est la nature juridique de cette disposition de l'article 6 ?

C'est la seconde question que se pose la Cour de Milan.

Oblige-t-elle la Cour à juger ou le lui permet-elle dans certaines conditions seulement ?

Rien sans doute dans la législation italienne du droit international privé ne s'oppose à ce que les tribunaux italiens prononcent sur une question intéressant le statut personnel des étrangers et débattue entre eux, d'un divorce notamment. La loi italienne admet en effet cette extension du milieu juridique étranger, « la continuation dell'ambiente giuridico del straniero », selon l'heureuse expression de la Cour. L'étranger se trouverait en Italie sous cet aspect comme s'il était chez lui.

Mais si la loi italienne peut admettre cette extension, il ne lui appartient pas de l'imposer. Il suit de là que si, sur le fondement de la loi italienne, la Cour peut accueillir la demande tendant à instituer une instance touchant au statut personnel des étrangers, elle ne retiendra définitivement sa compétence que si la loi étrangère dont ressortissent les parties au litige la lui attribuait ; au fond du droit à la juridiction se trouve la souveraineté, le droit de commandement de la loi étrangère par rapport à ses ressortissants, la juridiction des tribunaux italiens ne pourrait s'établir à leur égard que par une investiture de sa part.

Et dès lors, si la loi nationale hongroise admet en principe le divorce, il faut encore, pour que cette disposition du statut personnel des Hongrois puisse produire ses effets dans une instance en divorce portée devant un tribunal étranger, savoir

si cet effet extra-territorial est admis par le législateur hongrois. Or, il apparaît que cette législation réserve la compétence dans ces sortes de litiges à ses tribunaux seuls, disposition qui exclut dès lors la compétence des tribunaux étrangers et qui, sur le terrain des conflits de lois, refuse elle-même tout effet extra-territorial à la loi nationale hongroise interne dans la matière du divorce en dehors du territoire. De ce fait, la loi hongroise ne peut plus s'introduire sur le territoire italien, la continuité du milieu juridique de l'étranger n'est plus établie en sa faveur, car pour qu'il en fût ainsi, deux conditions doivent être remplies :

1. Il faut d'abord que la *lex fori* l'admette.

2. Il faut d'autre part que la loi étrangère le désire. Cette dernière condition n'étant pas remplie dans l'espèce, la solution négative s'imposerait.

Passer outre, comme on le proposait à la Cour, profitant de ce que le pouvoir juridictionnel italien suffisait pour donner la force exécutive à sa décision, — il ne faut même pas y penser, — car il ne convient pas d'exercer un pouvoir sans droit.

Cette doctrine de la Cour de Milan peut être rapprochée d'abord d'une solution beaucoup moins nette certes, parce que n'intervenant que subsidiairement et sans appui d'une argumentation suffisante qui se trouve déjà dans l'arrêt de la Cour d'appel de Catanzaro de 1894, mais qui a été écartée sur pourvoi par la Cour de cassation de Naples en 1895 et, d'autre part et surtout, de la jurisprudence de la même Cour de Milan dans ses arrêts de 1872 et de 1894, dont elle constitue aussi le développement et l'amplification.

Tant de son raisonnement dans ce dernier arrêt que des solutions des arrêts dont nous le rapprochons, les propositions suivantes, peuvent être dégagées et ceci pour les matières touchant au domaine de la loi nationale ainsi que, du moins en tenant compte de l'arrêt de Catanzaro, à la succession mobilière, que la loi italienne subordonne au statut personnel.

1. C'est la loi nationale des étrangers qui les régit à l'étranger, et notamment en Italie en matière de statut personnel par faveur et considération dues à leur personne.

2. La loi italienne admet en principe que, pour donner effet à cette action extra-territoriale de la loi étrangère, les tribunaux italiens se reconnaissent compétents dans les actions intéressant le statut personnel des étrangers.

3. Mais cette loi étrangère ne sera applicable et la juridiction italienne ne sera compétemment saisie, que si la loi étrangère ne met elle-même obstacle, en vertu de son pouvoir de commandement, à cet effet extra-territorial que la loi italienne lui accorde, mais ne peut lui imposer. C'est la prise en considération des règles de conflit de la loi étrangère qui déterminera la solution du juge saisi à cet effet, l'article 6 du Code civil italien ne prenant que le caractère d'une disposition permissive et non point impérative.

4. Cette doctrine vient à l'appui des idées exprimées dans notre commentaire (1) de l'arrêt de la Cour de cassation de Florence et ceci à deux points de vue : a) Elle justifie d'abord l'impossibilité d'appliquer la loi nationale de l'étranger, si cette loi limite par ses propres dispositions son effet à son territoire. b) Elle milite en faveur du renvoi à la *lex fori* ou à une loi tierce, en tant que cette loi, par les règles touchant à la condition des étrangers, ne leur interdit pas la jouissance de certaines dispositions de son droit civil.

5. Enfin, on remarquera que la doctrine que nous commentons met heureusement en relief tant le respect dû à la personne humaine que la reconnaissance du pouvoir de commandement du souverain étranger par rapport à ses ressortissants, et forme ainsi un développement heureux des idées se trouvant dans les grands arrêts des Cours de cassation de Turin, de Palerme et de Florence.

§ 17. — COUR D'APPEL DE GÈNES, 15 AVRIL 1904 (2).

Dans le litige qui a été soumis à la Cour de Gênes, il s'agissait de contestations au sujet d'un testament olographe d'un Italien qui avait réduit ses petits-enfants à leur part légitime. Or, les biens de la succession consistaient en meubles situés en Italie et en un immeuble situé à Lima, au Pérou. Dès lors, la question suivante s'est posée : La quote-part légitime doit-elle être calculée en ce qui concerne cet immeuble d'après la loi italienne, ou la loi péruvienne ?

La Cour fait observer tout d'abord « que notre Code, en

(1) *Supra*, § 14 bis.

(2) *Il Foro italiano*, t. XXIX, 1, p. 754.

proclamant dans l'article 7 des dispositions préliminaires que les biens immobiliers sont soumis à la loi du lieu de leur situation, a adopté le principe dicté par la raison universellement admise qu'étant donné que les immeubles font partie du territoire, on ne concevrait pas que l'abandon de la souveraineté fût possible à leur égard. Que ces immeubles soient possédés par les citoyens ou par les étrangers, la loi aurait pour les uns et pour les autres une règle commune, qui fait obstacle à ce qu'on puisse disposer d'une autre manière, en d'autres formes et pour d'autres fins que celles qu'elle a admises (e con fini diversi da quellei che essa ha stabilito).

« Mais l'article 8 suivant, qui considère le statut successoral comme personnel de par sa nature, se sépare de l'ancienne conception d'après laquelle il y avait autant de successions qu'il y aurait d'États dans lesquels les biens dépendant de la succession seraient situés. La succession représente pour nous la personne même du défunt une et indivisible, d'où il suit qu'une seule loi doit la gouverner. Par conséquent, l'article 8 dispose ... (suit le texte de l'article).

« Or, le sieur Nocci était citoyen italien et sa succession doit être réglée d'après notre Code, même si un immeuble sis au Pérou en fait partie. L'article 8 est inspiré par un esprit généreux et libéral, digne d'être imité ; mais si le Code péruvien n'adopte pas la même manière de voir et ordonne au contraire que même un étranger qui dispose par acte de dernière volonté des biens qu'il possède au Pérou, doit faire son testament en se conformant aux dispositions de ce Code... l'article 8 précité ne perd pas pour cela sa valeur de loi : la réciprocité n'est pas une condition de son application. Et qu'on ne dise pas que la souveraineté ne peut légiférer que dans les limites de son État (che la Sovranità legifera per lo Stato) que son impératif ne s'étendrait pas au delà du territoire qui lui est soumis, et que l'article 8 ne saurait être interprété que comme une disposition prise en faveur de l'étranger envers lequel notre loi veut être large dans ses concessions. La loi, dans ces termes clairs, vise au contraire les étrangers et les citoyens, seulement elle n'a pas la prétention de s'immiscer dans les affaires qui regardent autrui (nelle faccende di casa altrui), ni de faire violence ce qu'elle ne pourrait d'ailleurs pas à la liberté législative des autres États ; la loi emploie les règles impératives (usa delle norme indeclinabili) qui doivent être respectées par les magis-

trats du Royaume dans leur application pratique, et ils ne doivent pas se préoccuper de l'éventualité où leurs décisions pourront ou ne pourront pas obtenir exécution par les autorités étrangères. Juger autrement que conformément à la loi italienne équivaut à se mettre au-dessus de la loi elle-même et à méconnaître le système que la loi a adopté dans la matière successorale. »

§ 17 *bis*. — GÈNES, 1904. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de Gênes de 1904, qui n'offre pas beaucoup d'originalité et ne fait pas preuve d'un effort d'analyse très grand de la part des magistrats, n'est toutefois pas dépourvu d'intérêt. Ce qui frappe tout d'abord, c'est ce qu'il se rattache très fidèlement à la doctrine de la même Cour, émise dans son arrêt de 1870 (1) cassé d'ailleurs par la Cour de cassation de Turin (2), première décision judiciaire italienne qui eût à envisager à notre connaissance la question difficile de la vraie portée de l'article 8 des dispositions préliminaires. Si, d'autre part, l'arrêt mentionne les objections qui y ont été opposées, cela semble-t-il pour montrer seulement que la Cour ne les ignore pas, car elle les écarte ensuite sans plus ample discussion.

L'argument essentiel sur lequel la Cour de Gênes fonde sa décision est le même que celui qu'elle a mis en avant dès son arrêt de 1870.

L'article 8 est clair et précis dans ses termes. Juger autrement qu'en conformité à ces dispositions serait se départir du rôle du juge qui ne peut qu'exécuter la loi sans empiéter sur le pouvoir législatif, à qui seul appartient de la modifier.

Mais si, dans sa jurisprudence antérieure, la Cour se bornait à faire ressortir la nécessité de l'incliner devant l'impératif de la loi, sans en discuter la base rationnelle et même en faisant percer quelques doutes à cet égard, dans l'arrêt que nous commentons maintenant, elle cherche au contraire à montrer que la solution législative se justifie aussi bien en raison. En suivant dans cet ordre d'idées la pensée qui s'est fait déjà

(1) § 2.

(2) § 3.

jour dans les arrêts des Cours d'appel de Catanzaro de 1894 (1) et de Venise de 1895 (2), elle fait ressortir que l'article 8 des dispositions préliminaires ne fait que transposer dans le plan du droit international privé la conception du droit civil interne de l'unité de patrimoine successoral, devant être considéré comme seul et indivisible, comme l'était la personne humaine à laquelle ce patrimoine compétait.

Dès lors, le moment est venu d'examiner la valeur de cet argument. La pensée de la Cour repose sur le postulat, qui est d'ailleurs à la base de la doctrine de M. Bartin, que le caractère juridique d'une institution en droit interne détermine nécessairement le régime auquel elle sera subordonnée en droit international privé. Mais ce postulat, dont on ne peut certes nier la valeur scientifique et surtout la valeur doctrinale, en ce qu'il constitue une impulsion puissante à la recherche de la nature juridique des institutions du droit privé interne, envisage-t-il suffisamment toutes les données des problèmes qu'il prétend résoudre ? Or, il y a à notre sens une différence fondamentale entre les problèmes du droit privé interne et ceux du droit international privé, qui consiste en ce que tandis que pour la solution de ceux-là intervient le seul pouvoir de commandement de la *lex fori*, pour la solution réaliste des seconds, il faut aussi prendre en considération l'intervention du pouvoir de commandement du législateur étranger.

D'ailleurs, le défaut de l'avoir reconnu va peser sur la façon un peu sommaire dont la Cour réfute les objections formulées contre cette manière de voir qu'il convient d'étudier maintenant.

La Cour essaye d'établir d'abord qu'on ne peut pas invoquer contre sa solution l'idée de réciprocité, l'article 8 ayant été conçu en dehors de cette idée.

Il semble que la Cour soit tombée ainsi dans une assez étrange confusion. L'idée de réciprocité a été en effet agitée dans l'arrêt de la Cour de cassation de Turin de 1874 dans le sens que l'article 8 qui admet l'application de la loi nationale du *de cuius* a été rédigé indépendamment de toute pensée d'imposer à l'étranger la même conception dans la matière de succession et de n'appliquer ainsi la loi étrangère à la succession

(1) § 9.

(2) § 12.

ouverte en Italie que dans le cas où le pays de l'étranger ferait la même place à la loi italienne pour régir la succession des italiens qui s'ouvrirait dans ce pays. Mais de toute évidence, ce raisonnement ne saurait s'appliquer d'aucune manière aux successions des italiens s'ouvrant à l'étranger et la Cour a employé le terme réciprocité au lieu du mot conformité. Pour elle, l'article 8 doit s'appliquer aux immeubles péruviens appartenant à un Italien, même si la loi péruvienne s'y oppose, ou en d'autres termes, si cette loi donne une solution qui n'est pas conforme à celle de l'article 8.

Cette confusion ainsi écartée, on passe logiquement à la seconde et à la plus forte objection formulée devant la Cour, qui a été déjà si vigoureusement développée dans les deux arrêts de la Cour de cassation de Turin (1) ; quelle valeur aura la décision des juges italiens prise dans ces conditions en vertu de l'article 8 ?

Inutile d'insister sur ce point, la Cour de Gênes ne donne pas plus d'explications que la jurisprudence de sa devancière, la Cour de Venise, dans son arrêt de 1895 (2). Selon elle, les juges italiens ne doivent point se préoccuper de l'éventualité où leurs décisions resteraient lettre morte, du moment que la lettre de l'article 8 serait observée.

§ 18. — COUR D'APPEL DE ROME, 1^{er} DÉCEMBRE 1906.

La Cour d'appel de Rome a été appelée à statuer (3) à titre de Cour de renvoi après cassation (4) de l'arrêt de la Cour de Bologne sur la capacité d'une femme ressortissant de la République de San Marino, domiciliée en Italie.

La Cour a décidé que « le but de l'article 6 est d'assurer par l'observation du statut personnel, en tout ce qui concerne

(1) §§ 3, 5.

(2) § 12.

(3) 1^{er} décembre 1906. *Riv. de D. Int.*, 1907, p. 133.

(4) Nous ne rapportons pas le texte de l'arrêt de la Cour de cass. de Rome du 3 mars 1906. 1. 430, qui en cassant pour un autre motif l'arrêt de la Cour de Bologne ne s'est pas prononcé sur le renvoi. Mais nous regrettons que pour des raisons matérielles nous n'ayons pu prendre connaissance de l'arrêt cassé de Bologne du 19 juin 1905 qui se trouve au *Temi*, 1905, p. 530.

l'état et la capacité des personnes, une règle précise et certaine, permettant de juger de l'efficacité et de la validité juridique des actes par elles accomplis, en se rapportant aux lois des nations auxquelles ces personnes appartiennent. Et puisque cette règle est établie dans l'intérêt majeur (nelle interesse precipuo) des rapports juridiques qui peuvent prendre naissance, ou pourraient produire leurs effets dans le Royaume, il convient de reconnaître à cette règle un caractère impératif, absolu, ne souffrant aucune dérogation. En dernière analyse, cette règle dispose : la loi italienne veut apprécier un rapport juridique où intervient une question de capacité personnelle avec les mêmes critères, d'après lesquels cette capacité aurait été appréciée, si ce rapport de droit avait pris naissance dans l'État dont est ressortissante la personne qui a contracté. Cela étant, une seule chose doit encore être examinée, c'est le point de savoir si la loi étrangère comprend une règle qui dispose quant à la capacité des personnes par rapport aux actes juridiques accomplis sur son territoire, quelle est la teneur de cette règle ; c'est cela que la loi italienne demande, et c'est cette règle qu'elle veut appliquer pour la sécurité de son propre droit (per la tutela generale del suo proprio diritto). Si la loi étrangère avait établi dans ses propres vues d'autres règles qui doivent régir la capacité de ses propres ressortissants, qui contractent à l'étranger un rapport juridique en la subordonnant par hypothèse à la loi du lieu où ce rapport prend naissance, cela ne regarde pas la législation italienne qui, par l'article 6 des dispositions préliminaires, fait appel à ses dispositions nationales et non à celles du droit international étranger. »

§ 18 *bis*. — ROME, 1906. COMMENTAIRE.

La Cour de Rome, amenée à se prononcer sur la question du renvoi, commence par poser le principe que le législateur italien a voulu que les questions touchant à l'état et à la capacité des étrangers puissent recevoir toujours une décision précise et certaine.

Et la Cour motive ensuite sa solution en dégageant d'abord l'intérêt dont le législateur italien s'est inspiré dans cet ordre

d'idées, en indiquant ensuite le moyen qu'il a employé dans ce but.

Exposons ces deux points successivement, nous ferons quelques observations critiques ensuite.

Le législateur italien, en posant la règle du droit international privé qui doit déterminer le critère permettant de juger de la validité des actes juridiques qui prennent naissance ou sont susceptibles de produire des effets sur le territoire du Royaume, en tant qu'ils dépendent de l'état ou de la capacité des étrangers qui en peuvent être parties, s'occupe de la sécurité de l'ordre juridique italien qui constitue pour lui un *interesse precipuo*.

Trois conséquences importantes se dégagent de cette conception.

Tout d'abord, cette certitude que le législateur veut établir par rapport au régime légal concernant les actes juridiques n'a plus pour but l'intérêt même des particuliers, qui devraient toujours être capables de savoir avec certitude quelle sera la loi applicable à leurs personnes, à leurs biens, à leurs actes, selon l'heureuse expression de la Cour de cassation de Florence dans son arrêt de 1895 (1).

Elle serait poursuivie par le législateur italien dans l'intérêt de la stabilité du commerce juridique italien ; elle s'inspirerait donc de l'intérêt public et non point de l'intérêt privé.

En second lieu, on devrait en déduire que la règle de l'article 6, du moins en tant qu'elle concerne les étrangers, doit avoir une portée exclusivement territoriale parce qu'elle ne s'occuperait que des actes juridiques qui auraient pris naissance sur le territoire italien ou seraient susceptibles d'y produire leurs effets.

Enfin, en troisième lieu, et c'est la conséquence que la Cour en tire elle-même, la règle de droit international privé italienne posée dans l'intérêt public doit prévaloir sur celle de la loi étrangère, que le législateur étranger aurait pu prendre dans ses propres vues.

Il s'agit de préciser maintenant par quel moyen le législateur italien aurait atteint ce but.

La Cour de Rome déclare que c'est cette préoccupation qui a déterminé le choix de la loi nationale, comme l'a indiqué déjà

(1) §§ 14, 14 *bis*, *supra*, pp. 253, 254.

la Cour de cassation de Florence, la certitude gagne en effet par la substitution de la loi nationale à la loi du domicile (1).

Or, pour que la certitude soit toujours maintenue, il faut que cette loi nationale soit toujours identique à elle-même, il faut écarter celles de ses dispositions qui limiteraient sa portée au territoire de sa souveraineté. On aurait pu distinguer dans cet ordre, comme on l'a fait couramment en France, les règles de conflit, de la loi interne pour ne s'en rapporter qu'à cette dernière. Mais la Cour, pour une raison qui n'est pas claire, évite cette distinction, quoiqu'elle ne se soit pas fait faute dans le même arrêt d'isoler les règles de conflit de la loi étrangère pour les opposer à la loi nationale italienne, à la règle de l'article 6 notamment. Elle préfère avoir recours à une fiction juridique en déclarant que cette loi nationale doit être considérée telle qu'elle se présenterait, si les faits constitutifs du cas litigieux s'étaient passés dans le ressort même de la loi nationale applicable. Par ce procédé, toute hypothèse de renvoi est évidemment écartée.

Telle est cette argumentation au sujet de laquelle quelques observations critiques semblent s'imposer.

Et tout d'abord, est-il exact de dire que l'intérêt public italien est le seul motif qui ait déterminé le principe de l'article 6 ?

N'est-ce pas contraire à toute la tradition italienne dans cette matière commencée déjà par le « tractatus » de Bartole (2) sous la loi *Cunctos populos* ranimée par les idées de Mancini (3), affirmée par une jurisprudence moderne imposante, tant dans les arrêts des Cours de cassation de Turin de 1870 et 1872 (4) et de celle de Palerme de 1894 (5), que de la Cour de Milan de 1899 (6), qui soulignent tous avec force l'esprit généreux et libéral de la nouvelle législation italienne en matière de statut personnel et son souci de respecter les droits de l'étranger que dans l'arrêt de la Cour de cassation de Flo-

(1) § 14 bis, *supra*, *ibidem*.

(2) 33. Aut statum est prohibitivum in personam tunc aut continet prohibitionem *favorabilem*... Nam illa interdictio quae est *favorabilis*, ne sua bona pereant extendit effectum suum ubicumque sint bona.... Et ideo dico, quod statutum disponens, quod filia *fœmina* non succedat, cum sit prohibitivum et *odiosum*.... ad bona alibi sita non porrigit.

(3) *Supra*, p. 127.

(4) §§ 3, 5 bis.

(5) § 11 bis.

(6) § 16 bis.

rence de 1895 qui, comme nous l'avons déjà indiqué, en mettant bien en relief la même idée de certitude que la Cour de Rome lui assigne comme fondement, l'intérêt des particuliers (1). Et si la raison de la certitude dans les rapports juridiques envisagée au point de vue de l'intérêt public italien était le seul but du législateur, n'aurait-il pas suffi dans cet ordre d'idées d'appliquer tout simplement la *lex fori* à l'exclusion de toute loi étrangère, c'est-à-dire faire triompher de la manière la plus absolue le système de territorialité des lois ?

Il faut faire remarquer surtout que, dans le très large domaine qui est attribué à l'empire de la loi nationale, se trouve même le régime juridique des successions immobilières se trouvant en Italie. Or, par rapport aux immeubles, il était non seulement plus simple, mais aussi plus rationnel, de les subordonner en Italie à la *lex fori*, coïncidant nécessairement avec la *lex rei sitæ*, si le législateur avait tenu le raisonnement que lui attribue la Cour de Rome et si son seul but avait été la certitude des rapports juridiques à établir dans l'intérêt italien.

Il nous semble que cette erreur de conception fondamentale de l'arrêt vicie nécessairement le motif pour lequel la Cour de Rome a rejeté le renvoi.

Si, en effet, on acceptait le point de départ de la doctrine de la Cour, on ne saurait refuser à la solution à laquelle elle aboutit une certaine valeur logique. La loi nationale étrangère à laquelle le législateur italien recourt comme à un moyen de certitude, dans l'acception que nous avons déjà dégagée, sans aucune autre pensée, peut être arbitrairement aménagée à ses fins et si elle n'est pas faite pour être appliquée au delà du territoire, on supposera à l'aide d'une fiction légale que le rapport de droit qu'il s'agit de lui soumettre s'est noué dans son territoire.

Si la loi nationale étrangère n'est considérée pour ainsi dire que comme un moyen abstrait de certitude, rien ne s'opposerait à ce qu'on aille, pour les besoins de la cause, jusqu'à la dénaturer.

Mais il est intéressant de constater que l'arrêt n'a pas su se maintenir dans les limites logiques de ce raisonnement. Pourquoi les magistrats de Rome ont-ils cru devoir ajouter

(1) §§ 14 et 14 bis.

que dans le conflit de deux règles de conflit, car c'est à cela que revient leur raisonnement, il faut donner la préférence à celle de la *lex fori*, alors qu'ils ont déjà neutralisé l'action de la règle de conflit de la loi étrangère par l'emploi de la fiction légale que nous avons signalée.

Il y a ici une hésitation et un flottement dans la doctrine de la Cour de Rome qu'il importe de constater.

§ 19. — COUR D'APPEL DE BOLOGNE, 4-13 JUILLET 1908 (1).

La Cour de Bologne a été appelée à se prononcer sur le moyen invoqué devant elle tiré de la règle de la *common law*, d'après laquelle la succession mobilière est gouvernée par la loi du dernier domicile du *de cujus*. Le moyen posait donc devant la Cour la question du renvoi à la *lex fori*.

La Cour s'est exprimée dans ces termes :

« Il ne serait pas juridique, dans un conflit entre le principe sanctionné par le législateur italien dans l'article 8 des dispositions préliminaires, et celui du droit commun américain qui, en se rapportant à la loi du domicile et, en lui donnant la préférence, rejette de la sorte la conception de la dépendance de la succession du statut personnel, d'adopter la manière de voir que la loi italienne n'a pas retenue ; il est en effet conforme aux principes du droit international privé que le juge doit appliquer la loi de son pays, sauf l'hypothèse où celle-ci lui impose l'application de la loi étrangère, auquel cas seulement le juge doit la retenir. Du reste, même en admettant la théorie si discutée et controversée du renvoi, qui est admise par la loi ayant vigueur aux États-Unis (2), il est encore nécessaire de démontrer que d'après la teneur de cette loi, doit être considéré comme domicile légal celui que le Dr Ceccarini avait à Milan, au moment de sa mort, comme l'a retenu le jugement du Tribunal de première instance, qui n'est pas d'ailleurs entrepris sur ce point et en tout cas, la loi du dernier domicile par rapport au litige présent, serait celle qu'indique l'autorité de la loi nationale de la personne de la succession de laquelle il s'agit. »

(1) *Riv. de D. I.*, 1909, p. 278.

(2) Dal resto pur ammettendo la regola cotanto discussa e controversa del rinvio, sanzionata della legge vigente negli St. Un.

§ 19 *bis*. — BOLOGNE, 1908. COMMENTAIRE.

Cet arrêt de la Cour de Bologne présente un certain intérêt théorique bien que, — il faut le dire, — il soit à notre sens assez mal rendu. Son intérêt se révèle à ce point de vue particulier que c'est la première décision italienne parmi celles du moins qu'il nous a été possible de réunir pour cet ouvrage, qui s'arrête à la liaison entre les théories du renvoi et des qualifications (1).

La Cour a décidé, en effet, qu'en admettant par hypothèse la théorie si controversée du renvoi, il aurait fallu admettre la qualification de la loi étrangère, en ce qui concerne la définition légale du domicile, solution analogue à celle de l'arrêt Forgo de la Chambre civile française (2).

Mais il faut regretter qu'ayant aperçu le problème de la Cour, et ceci contrairement à la belle teneur générale des arrêts italiens en ce qui concerne la richesse et l'ampleur de leurs motifs, ne donne sa solution que par voie de simple affirmation.

Des critiques encore plus graves peuvent être adressées à cet arrêt. Peut-on soutenir en effet, avec l'arrêt, que la loi américaine, la *common law*, qui fait régir tout simplement la dévolution successorale par la loi du domicile du *de cujus*, ceci contrairement à la loi italienne qui la fait régir par la loi nationale, admet ainsi le renvoi ? En effet, si en conséquence de cette diversité des systèmes des solutions des conflits de lois la question du renvoi peut se poser, il n'est pas exact du tout de dire, que cette théorie est admise par la loi américaine.

Admettre une thèse pareille équivaudrait à dire que toute disposition de conflit d'une loi quelconque subordonnant à l'empire d'une loi étrangère, un rapport de droit déterminé constitue une règle de renvoi, — les règles de conflit de la loi italienne subordonnant certains rapports de droit à la loi nationale toutes les fois que cette loi nationale serait une loi étrangère, devraient ainsi être réputées des règles de renvoi de

(1) La question des qualifications qui aurait dû se poser dans l'affaire jugée par la Cour de cass. de Florence le 5 déc. 1895 n'a pas été aperçue à cette occasion. *Supra*, § 14 *bis*.

(2) Voici notre étude sur le procès Forgo au *Clunet*, 1932, p. 288.

même que celles du droit anglo-saxon les subordonnant à la loi du domicile du moment que ce domicile se trouverait à l'étranger.

On s'étonne de voir sous la plume des magistrats de Bologne un raisonnement qui semble reposer sur une grande confusion des notions élémentaires qui ont été cependant suffisamment dégagées au cours de cette célèbre controverse.

On hésite, par conséquent, à commenter d'une manière sûre l'idée qui semble être émise par la Cour que la règle du droit international privé de la *lex fori*, qui est l'article 8, doit emporter sur la règle du droit étranger, à cause de sa liaison intime avec les conceptions du droit interne de son pays. Nous préférons donc nous en tenir au commentaire de la même idée que nous avons présenté sous l'arrêt de la Cour de Gênes de 1904.

§ 20. — COUR DE CASSATION DE ROME, 18 MAI 1909 (1).

L'arrêt de la Cour de Bologne, dans l'affaire Ceccarini, fut déferé à la Cour de cassation de Rome. La Cour s'est exprimée dans ces termes :

« Si par conséquent le sieur Ceccarini, à l'époque où il est rentré en Italie, en 1875 notamment, ne possédait que la seule nationalité américaine, s'il est décédé étant citoyen américain en 1886, la loi réglementant sa succession ne peut être autre que celle en vigueur dans l'État de New-York.

« Et il importe peu si, d'après la loi du droit international privé des États-Unis, où n'a pas eu lieu encore la codification du droit privé, et est en vigueur le droit commun (*common law*) la succession de Ceccarini aurait dû être réglée d'après la *lex domicilii*, parce que d'une part l'article 8 des dispositions préliminaires de notre Code civil impose dans la matière successorale l'application, non pas des règles de droit international privé de l'État dont le *de cujus* était ressortissant, mais les règles de la loi successorale nationale de l'État lui-même (et dans le conflit entre deux législations de droit international privé quant à la question d'application de la loi du domicile ou de la loi nationale, la préférence (la prevalenza) doit être donnée sans aucun doute à la nôtre), et d'autre part, pour la

(1) *Giur. ital.*, 1909. I^{re} partie, p. 906.

détermination du domicile, et par conséquent de la loi du domicile dans les rapports du droit international privé, il convient comme il a été déjà dit, de prendre en considération non un simple transfert du domicile avec l'intention de changer le centre de ses affaires, mais le domicile transféré avec le désir de changer sa nationalité (l'intention qui a été exclue par les juges du fond par rapport à Ceccarini depuis que, devenu uniquement citoyen américain, il est retourné en Italie). Par ces motifs, rejette... »

§ 20 bis. — ROME, 1907. COMMENTAIRE.

Cet important arrêt de la Cour de cassation de Rome, s'il n'est pas particulièrement abondant quant à ses motifs, exprime du moins d'une manière claire l'opinion de la Cour sur la théorie du renvoi.

La Cour distingue nettement le conflit des lois internes dans lesquelles rien ne s'oppose en principe à ce que la loi étrangère l'emporte, et le conflit des règles de conflits des deux législations diverses. Dans ce cas-là, pour elle, ce sont nécessairement les règles de conflit de la *lex fori* qui doivent l'emporter. La Cour n'indique point la raison pour laquelle elle décide ainsi, et faute de lumière quant au fondement théorique sa doctrine ne permet de rien conclure quant à la question plus générale de l'autorité et de la portée des règles de conflit de la loi étrangère, dans les cas de *Weiterverweisung* et de *perpetuum mobile* notamment (1).

Il faut relever aussi qu'elle émet une théorie très particulière quant au point de savoir ce qu'il faut entendre par le domicile dans le cas où le renvoi en vertu des règles de conflit de la loi étrangère, se fait à la loi du domicile et où ce renvoi serait accepté.

Ce domicile ne serait ni celui de la loi étrangère, de la loi américaine en l'espèce, qui se constitue comme on le sait par l'*animus manendi* joint à une résidence effective, ni celui qui serait caractérisé par le principal établissement conformément

(1) V. notre dissertation, *Clunet*, 1928, p. 324.

au Code civil italien (1), mais celui établi dans le désir de prendre la nationalité du pays dans lequel on le transfère.

Ce serait par conséquent quelque chose de pareil à l'ancien domicile légal de l'article 13 du Code civil français, domicile considéré moins dans ses effets civils que dans ses effets de droit public, en tant que l'établissement d'un tel domicile marquerait la volonté de la personne qui l'établit de rompre avec l'État dont elle était le ressortissant et de s'agréger à la société civile d'un autre État afin d'en prendre éventuellement la nationalité.

En d'autres termes, la Cour semblerait considérer qu'on pourrait admettre le renvoi dans le cas où le lien de nationalité, auquel il est obligatoire de se rapporter en vertu des articles 6 et 8 des dispositions préliminaires, aurait été relâché par l'établissement d'un domicile dans un autre pays, dont on voudrait acquérir ainsi la nationalité, condition des personnes qu'on rapprocherait utilement de celles des *heimatlos*, soumise aussi à la loi du domicile.

De cette manière, la Cour de cassation de Rome, en donnant la qualification appropriée au domicile, qualification inspirée certes par la conception de la loi italienne, aboutit à l'application de la loi du domicile, une sorte de loi quasi-nationale se substituant à la loi nationale qui, par la volonté de l'étranger voulant s'en détacher, perdrait sa force efficiente.

Une nuance particulière et intéressante qu'il semble utile de constater dans une étude consacrée à la théorie générale de la portée des règles de droit international privé, et qui semblerait permettre dans ce cas spécial d'établissement du domicile aux fins de naturalisation, d'envisager tant le renvoi à la *lex fori* qu'à une loi d'un État tiers.

§ 21. — JUGEMENT DU TRIBUNAL CIVIL DE FLORENCE,
23 JUIN 1918 (2).

« Le Tribunal observe, quant à la première question touchant à la validité ou invalidité de l'acte de légitimation de ses fils Italo Fero Gualtierio et Arnordo, faite par le feu Carlo

(1) Art. 16.

(2) *Riv. d. D. In.*, 1918, p. 82.

Savage-Landor par acte de mariage du 30 janvier 1866, que pour arriver à la juste application des règles contenues dans l'article 6 des dispositions préliminaires du Code civil, il s'agit de déterminer tout d'abord la manière dont doivent s'interpréter les termes « sono regolate dalla legge della nazione a cui esse apaprtengono ».

« Il est hors de contestation que quand un étranger appartient à un de ces groupements de personnes (1) qui, dans la langue vulgaire, s'appellent États, comme par exemple la France, l'Espagne, il faudra lui appliquer les lois française, espagnole, etc...

« Il est de même hors de discussion que, quand un étranger appartient à une de ces nations qui sont composées de plusieurs États, comme par exemple la Confédération germanique, la Confédération suisse et celle des États-Unis d'Amérique du Nord, les termes de l'article 6 que le Tribunal examine doivent s'entendre dans le sens qu'on doit appliquer la loi particulière de l'État auquel l'étranger appartient, ainsi à un saxon la loi saxonne, à un ressortissant du canton du Tessin la loi de ce canton, à un ressortissant de l'État de Virginie, la loi de cet État.

« Ceci posé, laquelle de ces deux règles doit s'appliquer à un citoyen britannique ?

« Évidemment la première, parce que la Grande-Bretagne (vulgairement, mais à tort appelée Angleterre, et cette critique est si vraie que les représentants diplomatiques et consulaires de cet État sont appelés ambassadeurs et consuls de S. M. Britannique et non point ambassadeurs et consuls anglais) forme justement cet agrégat de personnes qui constituent la nation britannique.

« Il s'ensuit donc, par application de cette théorie à l'espèce que l'acte de légitimation accompli par ledit sieur Ch. Savage-Landor au bénéfice de ses fils est pleinement valable. Et en effet... il faut admettre qu'il a été citoyen britannique, et pour lui appliquer les règles de l'article 6 précité, il faut envisager le droit en vigueur dans l'État britannique et non pas celui en vigueur en quelque partie de celui-ci. D'autre part, il n'est pas contesté que le droit britannique, pour coordonner

(1) Uno di queggi agregati di persone che volgarmente si chiamano Stato.

les diverses dispositions en vigueur dans les diverses parties de l'État, dont les unes admettent et les autres rejettent la légitimation *per subsequens matrimonium*, a établi qu'un sujet britannique peut faire valablement cette légitimation si celle-ci est admise par la loi du domicile : 1° au moment de la naissance de l'enfant ; 2° au moment du mariage. Et puisque ce mode de légitimation a été admis dans le Grand-Duché de Toscane, dans lequel a été domicilié Ch. Savage-Landor au moment où naquirent les deux fils dont il s'agit, et pareillement admis dans le Royaume d'Italie, dans lequel il avait son domicile au moment de son mariage, il faut retenir que tant le demandeur Walter Savage-Landor, que le défendeur, son frère Arnolde, doivent être considérés comme ses légitimes successeurs.

« Et qu'on ne dise pas que de cette manière est appliquée une disposition du droit international anglais, ce qui ne serait pas admis par notre jurisprudence. Abstraction faite de ce que la maxime invoquée par la défense du signor Ugo Savage-Landor (tout estimable qu'elle est parce que contenue dans une décision rédigée par une des éminences de la magistrature italienne) (1) n'est pas universellement admise et qu'il y a beaucoup d'auteurs et de décisions qui soutiennent la régularité d'une telle application, il est certain en fait que la disposition controversée peut être considérée comme principe *du droit britannique interne* en tant qu'il sert à régler les dispositions diverses et contradictoires en vigueur dans les diverses parties de cet État.

« La question résolue par la décision invoquée par Ugo Savage-Landor est bien différente ; elle se réfère au cas dans lequel dans l'État étranger est en vigueur une règle légale qui se rapporte à une matière donnée et en même temps s'y trouve une disposition du droit international privé qui prescrit l'application d'une autre loi, par exemple celle du domicile. Dans l'espèce actuelle, au contraire, comme le fait bien remarquer l'avocat du demandeur, dans l'État étranger n'existe pas un droit privé commun, mais des règles qui déterminent quelle est la loi applicable à ses propres citoyens dans les diverses situations dans lesquelles ceux-ci peuvent se trouver, même sur le territoire de leur propre nation. Et il n'y a d'autre moyen pos-

(1) Allusion probable à Cass. Rome, 18 mai 1909, §§ 20, 20 bis.

sible d'appliquer à l'étranger, d'après notre droit international privé, sa loi nationale, qu'en tenant compte des règles selon lesquelles il serait traité par les juges de son pays.

« Le Tribunal retient que les principes admis ainsi quant au point de savoir si doit être considérée comme valable ou non la légitimation du demandeur et du défendeur Arnaldo Savage-Landor doivent aussi trouver leur application pour résoudre les questions relatives à la succession du signor Ch. Savage-Landor, en tant que pareillement à l'article 6 des dispositions, il faut prendre en considération la loi nationale du *de cujus*...

« Par conséquent, le Tribunal décide qu'étant donné que d'après le droit britannique, la mesure dans laquelle une personne peut disposer par testament de sa fortune dépend, dans le cas des immeubles de la loi du lieu où ceux-ci sont situés et dans le cas des meubles de la loi du domicile du testateur, il s'ensuit que sur tous les biens laissés par feu Ch. Savage-Landor, tous ses fils devront avoir droit à la légitime, selon la disposition à cet effet de la loi italienne, parce que l'immeuble est situé en Italie, et quant aux meubles, le testateur avait aussi son domicile en Italie.

« En plus des raisons déjà exposées, le Tribunal retient qu'il faut donner cette solution à la question à lui soumise aussi pour la raison d'équité qui doit avoir son influence sur les décisions quand il se trouve comme dans l'espèce devant une question qui n'est pas réglée par une disposition impérative (*tassativa*) des lois. Et la raison de l'équité est celle-ci. Est-ce pour cette seule raison que parmi les différentes lois en vigueur en Grande-Bretagne certaines refusent aux enfants le droit à la légitime, qu'il faudrait écarter le signor Walter Savage-Landor de la succession laissée par son père en Italie, alors que s'il avait recours aux juges anglais, ceux-ci l'auraient admis en vertu des principes du droit britannique déjà examinés. »

§ 21 bis. — FLORENCE, 1918. COMMENTAIRE.

La question du renvoi a été discutée sous un jour tout nouveau dans l'importante décision du Tribunal civil de Florence et celle de la Cour d'appel de Florence que nous rapportons plus loin. Le problème a paru à tel point renouvelé que l'éminent directeur de la *Rivista di dir. int.*, M. Anzilotti, en annotant

sommairement ces décisions, a cru devoir déclarer que le problème exige un nouvel examen approfondi, et que pour sa part, il renonce aux objections qu'il a formulées contre cette théorie dans son étude de 1898 (1).

Cette remarquable décision a eu lieu à propos d'une situation de fait qui ne présentait rien de particulier par comparaison avec d'autres espèces où il s'agissait de déterminer la loi applicable à la capacité ou les droits successoraux des Anglais domiciliés à l'étranger.

Ce qui lui a donné son intérêt, c'est l'argumentation inattendue développée par l'avocat du demandeur.

A sa demande en réduction de libéralité testamentaire et pétition de la quarte légitime, le défendeur répondait par des arguments connus. Pour pouvoir prétendre à la quarte légitime, il faut avoir la qualité d'enfant légitime. Or, le demandeur n'est qu'un enfant légitimé, et la loi anglaise ne connaît pas de légitimation.

Cependant, c'est à cette loi qu'il faut se rapporter à titre de loi nationale du *de cuius*, père de l'enfant légitimé, et ceci d'après les dispositions de l'article 6 qui subordonne l'état des personnes à l'empire de leur loi nationale. A ceci le défendeur, pour parer à l'exception qui pouvait être tirée de la théorie du renvoi, ajoutait que d'après la jurisprudence italienne, les règles des dispositions préliminaires donnant les solutions des conflits sont impératives et doivent nécessairement être suivies de préférence aux règles de conflit de la loi étrangère, ce qui serait d'ailleurs, selon lui, de jurisprudence constante. Il invoquait tout particulièrement, il faut le croire, l'arrêt de la Cour de cassation de Rome du 18 mai 1909 (2) qui a adopté cette manière de voir.

Le demandeur répliquait, non sans raison, que rien n'est moins vrai que cette prétendue constance de la jurisprudence quant à la préférence à donner aux règles de conflit de la loi italienne par rapport à celles de la loi étrangère et s'il ne se bornait qu'à développer son argumentation que dans cet ordre d'idées l'intérêt du jugement consisterait dans l'appréciation favorable par le Tribunal de cette thèse et des motifs de son appui. Mais il faisait remarquer surtout, et c'est par cela que

(1) *Riv. d. D. I.*, pp. 82 et 281.

(2) §§ 20, 20 *bis*.

s'est manifesté l'aspect nouveau du problème, qu'au fond il ne s'agissait pas du tout de l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère qu'il s'agirait d'apprécier par rapport à celles de la *lex fori*, mais des règles de la loi britannique interne. Que sans doute, au point de vue de sa nationalité, Savage Landor, le *de cuius*, était sujet britannique (british subject), qu'à ce titre, la loi britannique lui était applicable. Mais cette loi est-elle homogène sur tout le territoire des îles britanniques, en ce qui concerne le droit de famille notamment ? Certainement non. Pour ne parler que de la légitimation *per subsequens matrimonium*, celle-ci est admise en Écosse, et inconnue par le droit de l'Angleterre proprement dite. Le problème de conflit des lois se pose donc tout d'abord en droit britannique interne et la solution qu'il impose est dès lors une règle du droit interne aussi. Argumentation très juste, certes. En 1918, il n'y avait pas certainement de distinction légale quant à leur qualité de sujet britannique entre un Anglais, un Écossais, un Irlandais, proposition qui reste juste de nos jours aussi, du moins par rapport à l'Angleterre et à l'Écosse, si on tient compte des distinctions qui peuvent résulter de la constitution de l'Irlande à titre d'État libre.

Ce qui revient à dire que la qualité d'Écossais ou d'Anglais n'est utile à distinguer que du point de vue du droit privé, et que cette qualité n'étant pas la conséquence de la nationalité, n'est que l'effet de l'établissement du domicile pour un sujet britannique, soit en Angleterre, soit en Écosse, soit à l'époque de l'instance que nous analysons en Irlande aussi ; par conséquent, la règle qui subordonne le statut familial à la loi du domicile est une règle de droit interne anglais au premier chef.

Conclusion incontestable, répétons-le.

Mais c'est ici que le problème devient délicat.

Est-ce exact de dire que cette règle de conflit *n'est* qu'une règle de droit interne ? Le plus qu'on est en droit d'affirmer sans avoir recours à une plus ample démonstration, c'est ceci : cette règle du droit interne est tout à fait *identique* à la règle du droit international privé. En effet, que la personne dont il faut déterminer l'état ou la capacité, soit domiciliée à l'étranger d'après la règle du droit anglais, c'est à la loi du domicile qu'on fera appel, ou en d'autres termes, la règle qui imposera le cas échéant l'application de la loi étrangère sera exactement la même qui fera intervenir une des lois en vigueur sur le ter-

ritoire britannique. Mais cette indiscutable constatation d'identité des deux règles de celle de droit interne qui sera caractérisée par ce fait que son application n'impliquera que l'appel à une des diverses lois internes, et de la règle du droit international privé qui se reconnaîtra par ce fait que son application aura pour résultat un appel à la loi étrangère, suffit-elle pour ne qualifier en général cette règle que de règle du droit interne ? Ou pour préciser notre pensée encore davantage, pour indispensable qu'il semblerait à la lumière de ce rapprochement de soumettre à une nouvelle analyse la nature juridique des règles de droit international privé, comme l'a pensé aussi M. Anzilotti dans sa note précitée, peut-on admettre, avec le Tribunal de Florence sans procéder à cet examen, que la règle qui fait régir l'état d'un Anglais se trouvant domicilié à l'étranger soit une règle de droit interne ? Que le Tribunal ait compris lui-même la difficulté, cela résulte de ce qu'il s'est refusé à formuler une doctrine générale dépassant le cadre précis de l'espèce qui lui a été soumise. Il écarte ainsi de la discussion le précédent dont se réclamait le défendeur, et dans lequel, semble-t-il, il s'agissait du droit d'un État qui, dans le plan du droit interne, poserait une règle invariable pour tout le territoire, mais en dehors laisserait régir des rapports de droit analogues par la loi du domicile. Le Tribunal n'a pas du tout essayé de dégager ainsi ce en quoi consisterait la différence de deux situations qu'il a refusé d'assimiler.

Ne peut-elle pas toutefois se réduire à ceci :

Dans les deux hypothèses, l'état et la capacité du national domicilié à l'étranger sont régis par la loi du domicile, mais dans la première situation, celle de l'espèce soumise au Tribunal, cette règle trouve une règle parallèle dans le plan du droit interne due à la diversité des lois régissant le territoire embrassé par la même souveraineté, dans la seconde, celle du précédent invoqué, ce parallélisme n'existe pas, à cause de l'uniformité de la législation interne s'étendant sur tout le territoire national.

Dès lors, la même règle régissant la question de capacité des nationaux domiciliés à l'étranger aurait le caractère de règle de droit interne ou le perdrait selon qu'on trouverait ou non une règle parallèle interne en vigueur dans le même État.

Telles sont les déductions qui découlent nécessairement de

la solution donnée par le Tribunal et dont il ne semble pas s'être occupé suffisamment.

Le Tribunal a cru devoir compléter ses raisonnements juridiques par un argument d'équité.

Dans l'état de la législation britannique, les juges anglais, si l'affaire leur avait été soumise, auraient certainement reconnu la qualité d'enfant légitimé de Walter Savage Landor et l'auraient admis par conséquent à recueillir la quarte légitime. Les juges italiens ne devraient pas juger autrement. Cet argument renferme une pensée assez complexe. Essayons de la décomposer en ses éléments constitutifs. Comment se présente, en effet, l'affaire ? Elle est portée d'une façon tout à fait normale devant le juge italien, juge du lieu de l'ouverture de la succession. Voilà la raison qui détermine sa compétence et, puisqu'il s'agit d'une affaire internationale, c'est là aussi le critérium qui sert à résoudre le conflit de juridictions.

Et cependant les juges italiens, bien que leur compétence soit ainsi légitimement affirmée, estiment que la position même du problème de conflit de juridiction dans le plan du droit international privé, bien que ce problème ait été résolu en faveur de la juridiction italienne, lui imposait une obligation dont il ne serait pas question dans un litige ordinaire, celle de se conformer à la manière dont l'affaire aurait été jugée par les juges anglais.

A quoi tiendrait au fond cette obligation ?

Au lien qui existerait entre les juges d'un pays et ses ressortissants ? Ou bien à ce que, du moment qu'il s'agit d'appliquer la loi étrangère, la meilleure manière de l'appliquer serait celle conforme à la jurisprudence des juges nationaux qui en dégagent l'esprit et complètent l'expression pratique. Ou enfin, cette obligation ne tiendrait-elle pas à ces deux raisons à la fois et n'existerait-il pas ainsi de lien entre la question du conflit de juridiction et du conflit de lois en général, du moment du moins qu'il s'agirait de l'application aux étrangers de leur loi nationale ?

Une idée qui semble imposer la nécessité d'un examen théorique, puisqu'on en trouve l'application tant dans l'arrêt de la Cour de Lübeck de 1861 (1), que dans celui de la Cour de

(1) L. I, p. 169 *supra*.

Milan rendu au sujet du divorce des ressortissants hongrois (1), que dans la jurisprudence française concernant le problème du divorce des étrangers (2).

Nous nous en occupons dans la partie dogmatique de cet ouvrage (3). Mais, ce sur quoi il faut attirer l'attention dès maintenant, c'est qu'exactement comme en représentant les règles discutées, quant à leur caractère, comme des règles du droit interne étranger, de même en s'imposant en équité l'obligation de juger comme aurait jugé le juge étranger dont la loi est applicable, en principe, le Tribunal civil de Florence aboutit nécessairement au même résultat que celui qu'aurait donné la théorie du renvoi ouvertement admise.

Nous finirons l'analyse de cette décision en faisant remarquer que le jugement du Tribunal de Florence ne considère pas de toute évidence les règles des articles 6 et 8 des dispositions préliminaires comme impératives (de norme tassative). Quelle est dès lors leur portée exacte ? Seraient-elles pour lui des règles de caractère permissif selon la conception de l'arrêt de Milan de 1899 (4) ?

Sur ce point, comme sur tant d'autres, le jugement, malgré son incontestable intérêt, laisse l'interprète assez perplexe.

§ 22. — COUR D'APPEL DE FLORENCE, 23 JANVIER 1919 (5).

« Attendu qu'il importe tout d'abord de bien dégager les termes de la controverse.

« L'instance judiciaire intentée par Walter Savage Landor, demandeur, est dirigée aux fins d'attribution de la légitime dans la succession paternelle, étant donné que le défunt Ch. Savage Landor, dans son testament olographe, a disposé de ses biens en Italie, en partie au bénéfice exclusif de son fils Arnolde et en partie en faveur de sa femme Esmeralda Piselli, prédécédée avec la recommandation adressée à cette dernière de laisser à sa mort tous les effets hérités aux enfants d'Arnolde, Elfrida et Ugo. Le testament ne dispose rien en faveur

(1) *Supra*, § 16 bis.

(2) Cf. Cass. Civ., 9 mai 1900, D., 1905. 1. 101, aff. Wredé c. Moldauer.

(3) L. I, p. 170, *supra*.

(4) *Supra*, § 16 bis.

(5) *Rivista de dr. It. Intr.*, 1919, p. 281, note Anzilotti.

du fils Walter Savage Landor, d'où l'action par lui intentée contre ses frères et contre sa sœur.

« Or, en présence de cette demande, le défendeur et aujourd'hui l'appelant Ugo Savage Landor, étant constant que son frère, quoique né et domicilié en Italie, avait conservé toujours la nationalité anglaise, a opposé devant les premiers juges que dans ce cas particulier et à l'égard d'une succession d'un sujet britannique qui s'est ouverte en Italie et par rapport aux biens existant en Italie, il convient de juger d'après (*alla stregua*) les règles du droit international privé établies par le législateur italien, à savoir l'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil, qui édicte que... (suit le texte connu de l'article).

« Et au surplus, continue Ugo Savage Landor, dans le droit successoral anglais n'existe pas l'institution de la légitime, et au contraire est reconnue à chacun la liberté de disposer par testament de tous ses biens sans aucune sorte de limitation, même si le disposant laissait des descendants ou des ascendants, sauf des circonstances spéciales qui n'ont pas lieu en l'occurrence ; ainsi, la demande de Walter Savage Landor ne saurait être accueillie sans la violation des dispositions préliminaires de notre Code. Et cette exception est proposée par Ugo Savage Landor, non seulement pour repousser la critique du legs laissé par le testament en faveur du fils Arnolde, mais aussi quant au partage du reste des biens laissés par le testament à Esmeralda Piselli, par rapport auquel, du fait du prédécès de la dame Piselli, il faudrait disposer, prétend le défendeur, comme d'une succession *ab intestat* avec le partage par parts égales entre les fils légitimes.

« Le même Ugo Savage Landor, en outre, contestait la qualité de fils légitime de feu Ch. Savage Landor, à raison de sa naissance hors mariage en tant que sa légitimation ne résultait que de la déclaration faite par Charles Savage Landor dans l'acte de son mariage.

« S'agissant, dit Ugo Savage Landor, d'un mariage contracté par un étranger en Italie, on ne peut décider de la validité ou de l'invalidité de la légitimation, sinon sur le fondement des règles du droit international privé en vigueur en Italie. Et du moment que, conclut le même Ugo Savage Landor, dans ce cas aussi d'après l'article 6 des dispositions préliminaires du Code civil italien, l'état et la capacité des per-

sonnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle ces personnes appartiennent, on doit, afin de déterminer les effets juridiques du mariage contracté par le sujet anglais Ch. Savage Landor, appliquer la loi anglaise à laquelle est tout à fait inconnue l'institution de la légitimation *per subsequens matrimonium* des enfants nés avant le mariage et reconnus par les parents comme leurs enfants naturels.

« Le demandeur Walter Savage Landor répliquait aux exceptions ci-dessus exposées, et en ce qui touche à la question de la légitimation tout en admettant que cette institution est ignorée dans le droit anglais, il proposait que l'article 6 des dispositions préliminaires de notre Code civil, en tant qu'il parle de la loi nationale, doit se référer non à un quelconque des divers droits particuliers en vigueur dans l'Empire britannique, mais plutôt à un principe qui est en vigueur dans tout l'Empire dans la matière de légitimation, principe en vertu duquel la légitimation faite par un sujet britannique est valable si elle est admise par la loi du domicile du père au moment de la naissance du fils et au moment du mariage.

« Cela étant, soutient Walter Savage Landor, en appliquant à l'espèce ledit principe, on ne saurait s'attaquer utilement à sa qualité de fils légitime. Ensuite, par rapport au droit à la légitime contesté comme il est dans les termes déjà exposés, Walter Savage Landor se réclame de l'article 8 des dispositions préliminaires, en prétendant que dans cet ordre d'idées doivent s'appliquer également les principes du droit de la nation britannique ; principes en vertu desquels, du moment que des règles uniformes réglant le droit successoral dans les divers territoires de l'Empire font défaut, pour les immeubles doit s'appliquer la loi du lieu où ils se trouvent et pour les meubles la loi du domicile du *de cujus*. Dispositions qui concourent dans l'espèce, d'où son droit à prétendre la légitime dans la succession paternelle selon la loi italienne. A son tour, enfin, le défendeur Arnolfo Savage Landor, que le défunt a eu à légitimer comme son fils ensemble avec Walter, par la déclaration énoncée dans l'acte de mariage, soutenait la validité de sa propre légitimation à l'encontre des critiques de son frère Ugo ; mais sur le fond de la prétention à la légitime, il s'opposait à l'action du demandeur, concluant que dans l'espèce, sur le fondement de l'article 8 des dispositions préliminaires, la succession de feu Ch. Savage Landor devait être

dévolue d'après le droit successoral anglais, qui n'admet pas l'institution de la réserve, d'où son argumentation contre l'action en réduction des biens qui lui avaient été laissés par les dispositions testamentaires.

« Attendu que les termes et la portée juridique de la controverse étant ainsi posés, la Cour ayant soumis à l'examen les actes et les documents produits et appréciant la valeur respective des arguments que les parties ont amplement développés dans leurs écrits, retient fermement que le Tribunal, en accueillant l'action proposée par Walter Savage Landor, a rendu sa décision selon la loi et la justice.

« Toute argumentation en faveur des exceptions soulevées à l'encontre de l'action du demandeur se réduit dans sa substance à vouloir faire adopter un critérium restrictif du concept de la loi nationale que la Cour ne saurait admettre.

« Pour juger du caractère national de la loi par rapport aux règles du droit international privé et à celles des dispositions préliminaires notamment (1) il ne semble pas à la Cour qu'on puisse avec raison faire abstraction de l'organisation de l'État qui résulte notamment de la constitution dans une unité politique des peuples différents par leurs race, coutumes et traditions. Il suit de là que si, dans l'hypothèse des traditions et des institutions juridiques diverses conservées par ces peuples dans les limites de leur territoire, une loi générale et un principe de droit commun afin de régler les conflits et déterminer l'application des différentes législations territoriales sont établis, on ne saurait méconnaître raisonnablement leur caractère national en tant qu'ils font partie du droit commun et intéressent indistinctement tous leurs sujets (2).

« Dans ce cas, il est évident que la loi nationale ne peut être autre chose que la loi de l'État, et qu'on n'objecte pas que le terme attributif (il termine attributivo) employé par notre législation, s'oppose à son application, en tant qu'il aurait fallu prendre en considération différentes nationalités qui composent l'État et, par conséquent, la loi territoriale alors que

(1) Ai fini del carattere nazionale della legge ed in riferimento alle norme di diritto int. priv. di che alle disposizioni preliminari.

(2) Non si può ragionevolmente disconoscere il carattere nazionale in quanto rientrano nell'ordine giuridico comune e interessano tutti i sudditi indistintamente.

le terme même ne viserait essentiellement qu'une règle civile du droit interne.

« Sans aucun doute, telles sont précisément les règles dites de droit international privé, étant donné que le caractère interne ou international, ne peut résulter que de la source formelle de la règle, à savoir du droit interne ou international » (1).

Ceci posé, la Cour constate que le *de cujus*, s'il habitait l'Italie et y est décédé, n'a pourtant pas cessé d'être sujet de son pays (ha... conservato sempre il rapporto di sudditanza col proprio paese).

« Mais », continue la Cour, « de ce que Ch. Savage Landor était d'origine anglaise, provenant d'une famille d'Angleterre, il ne suit pas qu'il doive être considéré comme un sujet anglais, au contraire, il faut lui attribuer la qualité de sujet de l'État britannique auquel appartient l'Angleterre, formant avec d'autres territoires celui de Royaume-Uni. Il s'ensuit que sujet britannique, et non sujet anglais, Ch. Savage Landor, est par conséquent soumis à la loi britannique et notamment à la loi de cet État en tant que celle-ci est spécialement destinée à régler les rapports entre les diverses lois territoriales et à en régler les conflits éventuels.

« Tout ceci est évident et point n'est besoin d'une plus ample démonstration.

« Or, pour juger quant à la validité de la légitimation des fils Walter et Arnolfo, faite par Ch. Savage Landor dans l'acte de la célébration du mariage par-devant l'officier de l'état civil de Florence, le fait qu'en Angleterre et plus précisément dans le territoire anglais est ignorée une institution pareille aurait pu servir aux fins de la défense, si dans l'État britannique n'existait pas une règle de droit commun réglant les conflits résultant de la diversité des législations territoriales.

« Mais, comme il a été prouvé dans l'État britannique, est en vigueur une règle de droit commun ayant force de loi et réglementant les rapports juridiques, et qui a pour but de régler les rapports dans la matière de la légitimation des enfants *per subsequens matrimonium* en tant que si elle est méconnue dans

(1) Perchè il termine stesso non sta in sostanza che a designare una norme civile d'ordine interno. Niun dubbio che tali sono precisamente le così dette norme di dir. int. priv. essendo che il carattere interno o internazionale no può altrimenti derivare che dalla fonte formale della norma, e cioè dall'ordine interno o internazionale.

de droit territorial anglais, la même chose ne saurait être soutenue aussi à l'égard du droit écossais. Et parce que cette règle de droit commun reconnaît la validité de la légitimation quand elle serait admise par la loi du domicile au moment de la naissance du fils et au moment du mariage, aussi dans l'espèce il n'est pas douteux, que sera pleinement efficace et sortira ses effets juridiques la légitimation des fils Walter et Arnolfo faite par Ch. Savage Landor dans l'acte de mariage à cause du concours des conditions posées par la loi nationale britannique. »

La Cour indique ensuite qu'au moment de la naissance des enfants, le père habitait la Toscane, au moment du mariage l'Italie, la loi de ces deux pays admettant à cette époque la légitimation.

« L'appelant soutient que cette règle, la subordination de l'état des personnes et de la légitimation à la loi du domicile, telle qu'elle a été retenue par le Tribunal, destinée à coordonner les diverses dispositions en vigueur dans les différentes parties de l'État, dont les unes rejettent et les autres acceptent la légitimation *per subsequens matrimonium* a pour objet une disposition de droit international et non point du droit interne comme l'aurait à tort admis le Tribunal pour cette seule raison qu'elle trouve son application dans les limites de l'État britannique. Le droit international privé, continue l'appelant, est un ensemble de règles que chaque État adopte pour régler et résoudre les conflits entre ses propres lois et les lois des autres pays ; ainsi, ceci étant et admis comme condition nécessaire de sa fonction, un conflit entre des lois différentes (1), la règle de droit qui résout le conflit ne perd pas son caractère, pour cela seul que politiquement les deux pays dans lesquels sont en vigueur des lois différentes et contradictoires constituent une seule nation.

« La réponse à cette objection est à la vérité déjà comprise dans l'exposé des principes fait par la Cour. Mais il n'est pas superfétatoire de relever encore une fois que la règle sur laquelle s'est fondé avec raison le Tribunal implique nécessairement un principe de droit commun interne, parce que la

(1) Così che, presupponendo esso, come condizione necessaria e sufficiente della sua funzione, un conflitto fra leggi diverse.

source dont elle dérive sa propre origine est un système juridique (è l'ordinamento giuridico) en se référant auquel on ne peut pas faire abstraction de la constitution politique de l'État. Si la règle dont il s'agit est destinée à apporter des solutions aux conflits des diverses lois territoriales de l'État britannique, et si la diversité de ces lois trouve sa raison d'être dans la différence de l'origine des peuples habitant divers territoires, il n'est pas exact de parler pour cette raison d'une règle qui aurait le caractère de règle de droit international.

« Que si éventuellement la même règle reçoit le contenu (ha un contenuto) de règle de droit international en ce qu'elle s'applique aussi à un sujet britannique qui, étant à l'étranger, se trouve dans certaines circonstances de fait, elle est toujours, surtout et avant tout, une règle de *législation interne comme le sont en général toutes les dispositions de droit international privé, sans que soient exclues bien entendu celles établies par notre Code civil*. On ne saurait dès lors reprocher au Tribunal de ne pas avoir appliqué à l'espèce une règle de droit britannique interne, et d'autant moins lui reprocher de l'avoir retenue et considérée comme une loi de l'État britannique, et par conséquent comme une loi nationale selon les dispositions de notre Code.

« L'appelant objecte encore que, dans l'espèce, la conception d'allégeance (il concetto di sudditanza) ne peut exercer aucune influence parce qu'elle tient de l'ordre politique et non point de l'ordre juridique, et il fait remarquer que, si on ne saurait mettre en doute l'existence du droit anglais qui impose sa volonté avec l'autorité absolue et exclusive dans certaines limites territoriales, dans le cas de conflit avec notre loi et éventuellement (perfino) avec d'autres lois en vigueur sur les divers territoires de l'État britannique, ces conflits ne sauraient être résolus que d'après les règles de conflit prescrites par chaque État à ses juges ; pour cette raison, on ne pourrait pas dénier à la règle juridique adoptée dans ce but en Angleterre le caractère de règle de droit international et cette règle elle-même ne peut constituer pour les magistrats d'Italie le statut personnel d'une personne qui, étrangère à l'Italie, a en Angleterre son domicile d'origine.

« Ce raisonnement de l'avis de la Cour ne saurait être retenu comme pertinent. On comprend que, quand l'application de la règle coordinatrice n'a pas lieu en tant qu'il ne s'agit pas de

conflit entre la loi anglaise et les autres lois territoriales, il ne faudra pas s'adresser à une autre loi que la loi anglaise et ceci d'après les règles de nos dispositions préliminaires, aux fins d'application de la loi nationale (1).

« Mais l'existence du droit anglais n'exclut pas le caractère purement et simplement interne de la règle coordinatrice applicable dans le cas de conflit avec les autres lois territoriales. D'autre part, la règle juridique appliquée dans l'espèce, comme la loi nationale de Ch. Savage Landor aboutit (mette capo) à la loi du domicile, laquelle, comme il a été constaté, est la seule qui règle le statut personnel d'un sujet britannique, même en dehors de l'Empire. Et précisément, si la règle s'applique même dans le cas où un sujet britannique se trouve en dehors de l'Empire britannique, il ne s'ensuit nullement qu'elle perde pour cela son caractère originaire d'une règle de droit interne, comme il a été déjà dit plus haut.

« C'est en vain, dès lors, selon l'avis de la Cour, qu'on invoque le domicile d'origine, pour déterminer ainsi l'application de la loi territoriale anglaise, comme le voudrait l'appelant. »

La Cour fait remarquer qu'en effet le domicile d'origine ne peut pas se trouver ailleurs qu'à l'endroit où la personne est née, ce qui dans le cas de Ch. Savage Landor, a eu lieu à Florence, et que même en fût-il autrement, les dispositions des articles 6 et 8 subordonnant la solution des conflits à la loi nationale, toutes les discussions sur le lieu du domicile d'origine sont sans intérêt. En effet, tant sa nationalité anglaise que le fait de sa domiciliation en Italie au moment de la naissance des enfants, du mariage qui leur a conféré la légitimation, du dernier domicile ne sont pas contestées.

« On objecte enfin que la règle de l'article 6 de nos dispositions préliminaires a un caractère impératif absolu auquel on ne saurait déroger qui ne contient aucune réserve quant au renvoi aux règles de droit international admises dans le pays d'origine, comme il est le cas dans certaines autres législations.

(1) Si comprende che, non recorrendo l'applicazione della norma coordinatrice in quanto no sia il caso di conflitto fra la legge inglese e le altre leggi territoriali, non altrimenti che al diritto inglese dovrebbero, secondo le disposizioni preliminari del nostro codice, aver riguardo ai fini della applicazione della legge nazionale.

« Dans ces cas, fait-on remarquer, les règles du droit international du pays d'origine trouvent leur application au lieu du domicile parce que la loi du domicile a ainsi disposé, tandis que notre loi ordonne *sic et simpliciter* de régler le rapport juridique controversé, selon la loi nationale et simplement limite l'application de son propre droit interne, de sorte que les magistrats italiens ne peuvent qu'obéir à cette prescription en appliquant à l'étranger le droit civil interne de son pays d'origine. Mais, dans l'espèce (1) aux fins de résoudre la question litigieuse, on ne peut pas se référer à telle ou telle autre province qui constituent le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne. L'allusion même faite par les appelants aux autres législations (lo stesso richiamo fatto dall'appellante ad altre legislazioni) démontre comment celles-ci, avec leurs réserves, établissent le renvoi à la loi de l'État étranger auquel appartient le citoyen étranger.

« Et dans notre cas la loi de l'État est la loi générale de l'Empire britannique, la loi qui puise précisément sa source dans l'ordre juridique interne.

« D'ailleurs, l'interprétation tendant à attribuer un caractère exclusif et négatif (*esclusivo e negativo*) à l'article 6 ne répond certainement pas à son esprit. Il est généralement connu, comment cette règle de droit international privé *s'est inspirée de plus larges principes libéraux dans l'intérêt des étrangers résidant dans notre Royaume*. On ne peut donc pas dès lors rejeter l'hypothèse qui leur est favorable de l'application de notre droit interne, quand une telle application n'est, en définitive, que la conséquence de la situation prévue par la loi de leur État, à tel point que dans l'espèce, comme le croit la Cour, les juges britanniques eux-mêmes n'auraient pas pu ne pas faire place à la loi italienne.

« Attendu qu'une fois résolue la question concernant la valeur des critiques adressées à l'acte de légitimation, la Cour doit se prononcer au sujet de la demande de Walter Savage Landor, tendant à l'attribution à lui de la légitime de la succession paternelle, en ce qui concerne les biens situés en Italie.

« Comme il en est pour la légitimation, de même pour la légitime, il n'y a pas dans l'État britannique de règle uniforme, et tandis que celle-ci est admise par certaines provinces, comme en Écosse, d'autre part il n'en est pas ainsi sur le territoire

(1) Se non che, nella specie ai fini della questione, non si può.

anglais, où la loi autorise la liberté testamentaire sans aucune limitation.

« Mais aussi par rapport à l'étendue de la réserve, il existe dans le droit britannique une disposition réglementant diverses législations territoriales et donnant la solution des conflits qui en peuvent résulter ; règle d'après laquelle, quand il s'agit des biens immobiliers, il faut faire place à la *lex rei sitæ*, et quand il s'agit des meubles, on doit appliquer la loi du domicile du testateur. Et puisque l'article 8 des dispositions préliminaires dispose que les successions légitimes ou testamentaires, en ce qui concerne l'étendue des droits successoraux, sont régies par la loi nationale des personnes de la succession desquelles il s'agit, Walter Savage Landor ne peut être privé de la part légitime des biens de la succession paternelle situés en Italie ainsi que de la part des biens mobiliers pour cette raison que le *de cuius* avait son domicile en Italie. »

« D'autre part, si on admet que cette règle générale sert non seulement à régler le conflit des diverses lois, concernant les successions qui s'ouvrent dans l'État, mais aussi quant à celles qui appartiennent en général aux citoyens britanniques, on ne comprend pas comment, sur le fondement de l'article 8 sus-indiqué, les magistrats italiens ne devraient pas l'appliquer en refusant à Walter Savage Landor le droit à la part légitime que ne lui auraient pas pu refuser les juges britanniques en vertu de cette règle générale d'après laquelle dans la matière successorale, la mesure dans laquelle on peut en disposer est déterminée pour les biens immobiliers par la loi de leur situation et pour les biens mobiliers par la loi du dernier domicile du défunt. »

« Que si, enfin, quelque doute pourrait rester à cause de la gravité des questions juridiques soulevées, il convient de ne pas faire abstraction des motifs évidents et invincibles d'équité qui militent en faveur de la décision admise par le Tribunal. On ne peut pas non plus faire abstraction du caractère de nécessité sociale qu'ont les institutions juridiques examinées ci-dessus, nécessité sociale sur laquelle repose sans doute (*senza dubbio*) toute la raison des règles régulatrices en vigueur

en Grande-Bretagne, et dont on fait l'application comme ci-dessus exposé (1). »

§ 22 bis. — FLORENCE, 1919. COMMENTAIRE.

Le raisonnement de la Cour donne-t-il pleine satisfaction quant aux difficiles questions théoriques qui nous semblent se poser à la suite du jugement du Tribunal de Florence ? Que l'examen auquel s'est livrée la Cour, ait été très intéressant, on s'en aperçoit aisément, mais on verra aussi que si son analyse a complété utilement celle du Tribunal, la vraie difficulté soulevée par le litige lui a aussi, en dernier lieu, échappé.

Le pivot de la discussion est resté sans doute le point de savoir si les règles de conflit de la loi britannique ressortissent du droit interne ou du droit international. Dans cet ordre d'idées, le raisonnement de la Cour se réduit à ceci. Les règles de conflit en discussion, qu'il s'agisse de la matière familiale et de la reconnaissance des effets juridiques de la légitimation, notamment, ou de l'étendue des droits successoraux, sont des règles de droit interne, du moment qu'elles sont destinées à résoudre des conflits des diverses législations en vigueur dans les différentes parties du même État. Il n'est pas possible, selon la Cour, de faire abstraction dans cet ordre d'idées de la constitution de l'État britannique.

Ce raisonnement de la Cour semble pécher par le même défaut que celui du Tribunal, car si la règle litigieuse est certainement une règle du droit interne, en tant qu'elle réglemente les conflits des lois britanniques différentes, conserve-t-elle le même caractère, même en adoptant le même procédé de solution de conflit, du moment que le conflit se pose entre elles et une législation étrangère ? Peut-on dire, dans ces conditions, que ce soit la règle du droit interne seulement ? Il est fort curieux de constater que les appelants, en opposant à la thèse du Tribunal, approuvée par la Cour, une argumentation qui leur permettait d'aboutir à une conclusion contraire, faisaient en même temps, à peu de chose près, la même erreur de raison-

(1) M. Anzilotti dans sa note approuve l'arrêt et estime que l'argument du droit interne est très frappant et fait écarter tant les objections de *circulus vitiosus* que les siennes propres formulées dans son travail de 1898.

nement qui viciait les thèses du Tribunal et de la Cour de Florence. Les appelants, que soutenaient-ils ? Les règles de droit international privé ont ceci de caractéristique qu'elles sont destinées à régler les conflits entre des législations différentes.

De ce fait que ces législations différentes se trouvent réunies sous l'empire de la même souveraineté, il ne s'ensuit pas que la règle qui en réglemente les conflits devienne pour cela une règle de droit interne en perdant son caractère de règle du droit international privé.

Cette thèse appelle tout d'abord une remarque préalable. Est-il juste de dire que les règles de conflit soient essentiellement des règles du droit international privé, en tant que réglant le conflit entre la *lex fori* et la loi étrangère émanant par définition d'une souveraineté étrangère ? Au point de vue historique et sous réserve de recherches spéciales à cet effet, il semble que les premières règles de conflit aient apparu d'abord en Lombardie au XIV^e siècle à l'époque et à l'endroit où il ne pouvait guère s'agir de la conception même du droit international.

Ces villes lombardes faisaient toutes partie du Saint-Empire Romain, toutes reconnaissaient le droit romain, leurs habitants parlaient tous la même langue et appartenaient à une même civilisation ; c'est sur ce fond commun que se développent les statuts locaux nécessairement différents les uns des autres, mais qui ne constituent que des diversités du développement du même fond, ses adaptations aux particularités locales.

Ajoutons que les habitants de ces diverses villes devaient se croire d'autant moins étrangers dans notre sens du mot, les uns aux autres qu'ils étaient agités par les mêmes passions politiques, les deux grands partis, les guelfes et les gibelins, s'affrontaient dans toutes les villes italiennes ; — de ce fait un Milanais trouvait les mêmes amitiés et se heurtait aux mêmes hostilités chez lui, à Milan, que dans n'importe quelle autre ville lombarde. Ces règles de solution de conflit qui se dégageront à ce moment ne sont donc pas certainement des règles de droit international dans leur essence.

Ces solutions furent apportées en France à la fin du XV^e siècle, quand l'unification du Royaume a fait déjà d'immenses progrès.

Elles subirent surtout, sous l'influence de d'Argentré, des modifications notables, mais quels que soient les principes de

solution qui ont finalement prévalu, il est certain que ces règles ont eu surtout leur application dans la réglementation des conflits des coutumes des divers pays du territoire ressortissant de la même souveraineté, reconstituée comme on le sait par l'incorporation des fiefs vassaux dans le domaine royal.

Il ne s'agissait donc pas non plus le moins du monde des règles du droit international, mais de celles du droit interne.

Qu'on ajoute qu'à cette époque, l'élément de nationalité n'est jamais retenu, contrairement au droit moderne inauguré par le Code civil français, comme critère de solution de conflits des lois. Si donc on résout le conflit de caractère international en vertu de ces règles traditionnelles, comme c'est le cas en Angleterre et aux États-Unis, pour la question de l'état et de la capacité subordonnées à la loi du domicile, n'est-il pas plus légitime de dire que c'est par application de la règle du droit interne que se voient ainsi résolus les conflits internationaux, que de prétendre, au contraire, que c'est la règle de droit international privé qui est transposée en Grande-Bretagne dans le domaine du droit interne, pour régir les conflits des législations territoriales diverses.

Mais si telle est la conclusion logique inévitable à laquelle on aboutit, la même question juridique que nous avons formulée en analysant le jugement du Tribunal de Florence se pose ici. Cette règle du droit interne, par cela même qu'elle est transposée dans le domaine du droit international, ne devient-elle pas une règle du droit international privé et n'emprunte-t-elle pas du domaine auquel elle s'applique un caractère juridique différent, et ceci nonobstant son origine et l'identité formelle qu'elle conserve avec la règle du droit interne dont elle applique la solution ?

Sans avoir formulé cette question avec une netteté voulue la Cour, semble-t-il, s'en est toutefois préoccupée. Mais sa pensée accuse beaucoup de flottement.

La Cour reconnaît que le fait que la légitimation *per subsequens matrimonium* n'existe pas en droit anglais aurait pu servir aux fins de la défense, si dans l'État britannique n'existait pas une règle de droit commun réglant les conflits résultant de la diversité des législations territoriales. Cette pensée n'est pas claire. La Cour veut-elle dire seulement, que la règle anglaise s'imposerait si la législation anglaise n'avait pas prévu par une règle de droit commun la réglementation des conflits

des diverses législations du territoire britannique ; cela n'aurait été possible, certes, que dans le cas où cette diversité aurait fait place à l'uniformité. Mais une uniformisation pareille n'écarterait pas certainement l'existence d'une règle de solution de conflit avec des lois étrangères, et n'impliquerait pas non plus nécessairement la modification du principe du domicile sur lequel elle repose. Si dans ce cas, selon la Cour, la défense aurait pu invoquer utilement l'absence dans le droit anglais de l'institution de la légitimation, il faudrait en conclure que la règle de solution de conflits avec les lois étrangères deviendrait ainsi une règle de droit international distincte du droit interne et ne pouvant plus être invoquée aux termes de l'article 6 des dispositions préliminaires. Que telle est la pensée de la Cour, semble résulter aussi de ce que la Cour indique que pour la détermination de ce qu'il faut entendre par la loi nationale dans le sens de l'article 6 des dispositions préliminaires on ne saurait faire abstraction de la constitution politique de l'État à la loi duquel on fait appel. La loi du domicile est donc admise comme une pièce de législation interne résultant de la constitution particulière à la Grande-Bretagne, admettant l'existence des législations particulières sur diverses parties du territoire soumises à sa souveraineté. Il s'ensuivrait que si la Constitution politique de l'État britannique était différente et si la règle s'appliquant aux règlements des conflits avec la loi étrangère ne trouvait pas d'appui dans une règle identique du droit interne, on ne pourrait plus la considérer comme une règle de droit interne, et on aurait pu, en sa qualité de règle du droit international, l'exclure du contenu de la loi nationale au sens de l'article 6 des dispositions préliminaires.

Mais cette doctrine, pour bizarre qu'elle puisse paraître, est-elle vraiment celle de la Cour ?

On peut légitimement en douter, mais on est assez désorienté à la vérité, si on relève maintenant cette autre idée formulée par l'arrêt à laquelle d'ailleurs a aussi attiré l'attention M. Anzilotti dans sa brève note de la *Rivista*, qu'en général, selon la Cour, toutes les dispositions de droit international privé, sont surtout et avant tout les règles de droit interne, sans qu'en soient exclues les dispositions de droit international privé, formulées par le Code italien. Cependant, dans cet ordre d'idées, deux remarques s'imposent immédiatement.

L'État italien est un État à législation interne uniforme.

Par conséquent, une règle de conflit qui aurait été destinée à régler des conflits entre diverses législations internes n'existe pas en Italie. Si donc on devait tenir compte, comme l'indique la Cour elle-même, de la Constitution de l'État dont on examine les règles de conflit envisagées dans leur nature juridique, on pourrait arriver, semble-t-il, à des conclusions diamétralement opposées à celles que la Cour elle-même a tirées de la Constitution de l'État britannique.

D'autre part, la règle de l'article 6, basée sur le critère de la nationalité et non pas sur celui du domicile, se distingue ainsi matériellement des règles de conflit destinées à trancher les conflits surgissant entre les diverses législations en vigueur sur les différentes parties du territoire d'un même État et qui, elles, sont basées sur le critère du domicile.

Devrait-on conclure ainsi à la contradiction dans la pensée de la Cour ? On y échapperait difficilement au point de vue de la logique formelle, mais d'autre part ne pourrait-on pas dire que la Cour, tout en trouvant des raisons particulièrement fortes pour assimiler aux règles de droit interne les règles applicables à la solution des conflits de lois internationaux qui justifient amplement sa solution dans l'espèce à elle soumise, ce qui était son premier devoir, a cru devoir, en dépassant ces cadres particuliers, émettre une opinion doctrinale quant à la nature juridique des règles de droit international privé en général. Elle nierait, par conséquent, toute distinction entre les règles de droit international privé et celles du droit interne en se rapprochant ainsi de la doctrine de la Cour de Paris de 1910 (1), qui a qualifié la division doctrinale tendant à isoler une sorte de loi interne d'« arbitraire et cherchée » mais ne donnant pas plus de motifs que la Cour de Florence à l'appui de cette thèse. La tâche incombe dès lors de toute évidence à la doctrine.

Mais tout l'intérêt de l'arrêt ne se borne pas à ce stimulant qu'il communique à la pensée juridique par la voie dans laquelle il engage, ne fût-ce qu'imparfaitement, son argumentation. Il mérite d'attirer l'attention encore à deux points de vue.

La Cour, après avoir terminé l'examen du problème en tant que sa solution dépendrait du caractère de règle de droit interne ou de droit international qu'on attribuerait aux règles

(1) 17 février 1910. *D. P.*, 1910. II. 147, 1^{re} col.

de droit international privé, envisage encore le problème sous un autre aspect, elle suit et amplifie ainsi l'ordre général du raisonnement du Tribunal de Florence sans qualifier toutefois cette seconde partie des motifs d'argument d'équité.

Elle suit le Tribunal en faisant remarquer qu'elle juge elle-même exactement de la même manière dont auraient jugé les juges anglais, elle amplifie sa pensée en faisant ressortir que dans son esprit, l'article 6 des dispositions préliminaires est une disposition libérale prise dans l'intérêt des étrangers et se ralliant ainsi à la doctrine de la Cour de cassation de Turin dans son arrêt de 1870 (1) et à celle de la Cour de cassation de Palerme dans son arrêt de 1894 (2). Elle en déduit l'impossibilité de refuser dans l'espèce l'application de la loi italienne interne qui favorise l'étranger ; — ne serait-ce une sorte de reprise de la vieille distinction des statuts en favorables et odieux (3) transposée dans le domaine des règles de conflits de lois ? En effet, la Cour ne fait-elle pas valoir à l'avantage de l'application de la règle de conflit de la loi étrangère ce fait que celle-ci renvoie à une loi qui est favorable à l'étranger dans l'ordre des intérêts privés ? Conduisant ainsi à l'application de la loi favorable, la règle de conflit qui la détermine apparaît elle-même comme une sorte de statut favorable recevant par conséquent un effet extra-territorial.

§ 23. — COUR DE CASSATION DE NAPLES, 5 JANVIER 1920 (4).

« La décision attaquée porte que Kernot était né à Naples le 17 janvier 1838 d'un sujet anglais, et avait toujours eu son domicile dans la ville précitée, et admet qu'il n'était pas citoyen anglais (cette nationalité n'existant pas) mais britannique... nation... signifie un État formant une unité politique, même s'il est composé d'une union de plusieurs territoires ou nationalités...

« Il est incontestable que le *de cujus*, fils né à Naples d'un père

(1) §§ 3, 3 *bis*, *supra*.

(2) §§ 11, 10 *bis*, *supra*.

(3) *Supra*, p. 279, note 2.

(4) *Revue de Droit international privé*, 1921, p. 269. Cf. *Monitore dei Tribunali*, 1920, p. 103.

né à Londres et sujet anglais, possède la nationalité du père ; la Cour d'appel ne pouvait décider que la nationalité du testateur n'était pas britannique. La nationalité n'est pas autre chose que le rapport de sujétion de la personne physique à l'égard de l'État organisé en forme politique auquel elle appartient, indépendamment des parties du territoire où l'État exerce son autorité. »

Procédant ensuite à l'examen au fond de la loi applicable au litige, la Cour s'exprime ainsi : « Dans l'Empire britannique, il n'existe pas un droit privé uniforme en matière successorale auquel s'opposent les diverses règles du droit international. Il y existe au milieu de la différence des législations territoriales, un principe général qui détermine la loi applicable aux citoyens, selon les diverses situations où ils peuvent se trouver ; ainsi l'habitant d'un territoire où est en vigueur une loi spéciale pour les successions ne reste pas soumis à cette loi, mais au principe traditionnel de la *lex rei sitæ* pour les immeubles. Ce principe déploie ses effets non seulement en ce qui concerne la forme, mais aussi la capacité testamentaire et le droit de disposer. »

Après avoir constaté l'existence d'un tel principe général que la Cour qualifie « de postulat logique nécessaire de ces règles législatives diverses », elle dit qu'en vertu de l'article 8 de nos dispositions préliminaires, on doit lui accorder une application semblable à celle due à toute autre règle de droit objectif. Elle ajoute que, vu les affirmations des auteurs britanniques les plus réputés et les plus récents en la matière et vu la jurisprudence, « il n'y a aucun doute au sujet de l'existence et de l'application dans l'Empire britannique dudit principe de droit international ». Puis elle nie que l'application d'un tel principe fasse jouer la théorie du renvoi... « Or, si ce principe, par son application hors du territoire de l'Empire, peut être considéré comme règle de conflit, il est hors de doute qu'il est une règle de droit privé interne du même Empire en vertu de son application au droit successoral de tous les sujets décédés dans l'Empire, mais hors de leur territoire d'origine (par exemple un Écossais mort en Angleterre) et il est la seule règle pour ceux qui, ayant obtenu la nationalité britannique, n'appartiennent à aucune des nationalités ou races composant le vaste Empire. En substance, d'après l'avis de la Cour, le caractère

mixte n'est pas suffisant pour retirer au principe sa caractéristique de loi nationale de l'Empire britannique.

« Aussi doit-il être considéré comme visé par l'article 8 des dispositions préliminaires sans qu'on ait à se ranger à la théorie controversée du renvoi...

« En partant de cette vérité que les souverainetés ne peuvent légiférer que dans les limites de leurs territoires, et ne peuvent prétendre édicter des lois applicables sur d'autres territoires soumis respectivement à d'autres souverainetés, la conséquence en est que le principe de conflit peut recevoir une application interne puisqu'il est en vigueur sur les différents territoires nationaux pour lesquels il a été édicté (en l'espèce le territoire britannique) mais quand l'application doit avoir lieu dans un pays étranger (en l'espèce l'Italie) ce n'est possible qu'autant que les lois du pays étranger le permettent.

« L'article 8 des dispositions préliminaires admet que reçoit exécution en Italie les lois successorales de la nation ou de l'État, ou mieux encore le droit international privé en vigueur dans l'État auquel le défunt appartenait. Mais si, entre deux lois successorales différentes, italienne et étrangère, notre législateur a adopté, comme le système le plus rationnel et le plus libéral et respectant le plus la personnalité humaine celui appliquant la loi étrangère, il n'a pas également permis que, en cas de divergence entre deux lois de droit international soit de conflit, soit de forme, la loi étrangère prévale sur la loi italienne, ces lois étant d'ordre public et en cas de conflit entre elles, la loi nationale doit seule s'appliquer. Si donc le *de cujus* de nationalité britannique, régi par le droit objectif successoral anglais, parce qu'il est de cette nationalité, avait eu son domicile en Écosse et des biens en Irlande et d'autres sur d'autres territoires à législation indépendante, on ne peut douter que sa succession aurait été régie pour les meubles par la *lex domicilii* et pour les immeubles par la *lex rei sitæ*, ainsi auraient jugé les juges anglais comme auraient jugé les juges italiens. Mais le testateur était domicilié en Italie et y avait ses biens ; sa succession ne pouvait être régie que par nos lois, ainsi auraient jugé les magistrats britanniques tenus d'observer le droit objectif de leur pays, de quelque nature qu'il soit et obligés, vu le domicile et la situation des biens, d'appliquer notre loi successorale.

« Mais si ce sont les juges italiens qui doivent juger, ceux-ci

doivent rechercher les diverses règles édictées par le droit objectif britannique, soit uniquement de nature privée et interne successorale, soit de nature internationale privée, de loi ou de conflit de forme en vue d'appliquer seulement celles de la première espèce et non pas celles de la seconde.

« Si notre législateur a prescrit à ses juges, en matière de succession d'étrangers, d'appliquer non notre loi nationale quels que soient le domicile du *de cujus* et le lieu où se trouvent les biens de quelque nature qu'ils soient, mais la loi régissant la succession de cet étranger, il a imposé l'observation du statut personnel ; les juges ne peuvent appliquer la loi du pays uniquement parce que la loi étrangère déterminant, en cas de conflit entre sa propre loi et celle d'autres pays, la loi applicable, a choisi le statut réel...

« En conséquence, le testateur Kernot ne pouvait, comme sujet britannique, trouver de restriction au droit de tester dans son régime juridique national ; la sentence attaquée le considère comme sujet à cette restriction, en lui appliquant la loi italienne à laquelle, à raison du domicile et de la situation des biens, avait renvoyé une règle du droit international britannique avec laquelle est en conflit notre règle de même nature ; l'arrêt doit être cassé. »

§ 23 bis. — NAPLES, 1920. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de cassation de Naples présente un intérêt à deux points de vue, qui n'ont pas la même importance dans l'économie de l'arrêt. D'une part, la Cour de cassation de Naples se rattache aux grands principes posés par les arrêts de Cassation de Turin (1), de Palerme (2) et de Florence (3), sans en tirer toutefois des mêmes conséquences ; d'autre part, sa doctrine doit être rapprochée de celle des décisions florentines de 1918 et 1919 (4).

La Cour de cassation de Naples se rattache aux grands principes développés dans les arrêts auxquels nous faisons allusion

(1) §§ 3 bis, 5 bis.

(2) § 11 bis.

(3) § 14 bis.

(4) §§ 21 bis, 22 bis.

quant au fondement du droit international privé, quand elle déclare que la disposition de l'article 8 a été inspirée par l'esprit libéral et généreux et commandée par le respect dû à la personnalité humaine. Toutefois, pour importante qu'elle soit en principe, cette déclaration ne paraît pas avoir exercé une influence directe sur l'économie générale de l'arrêt.

Mais il en est tout autrement du rapprochement nécessaire de cette décision avec celles des juridictions florentines.

On voit en effet apparaître, formulés dès le début de l'arrêt, les mêmes raisonnements qui, pour la première fois, ont été formulés devant le Tribunal et la Cour d'appel de Florence en 1918 et 1919.

S'agissant de la dévolution successorale d'un héritage laissé par un Anglais et étant donné que cette question est subordonnée par l'article 8 des dispositions préliminaires à la loi nationale du *de cuius*, il convenait d'abord de déterminer avec exactitude ce qu'il faut entendre, vu le caractère spécial de l'organisation politique du Royaume-Uni, par la loi nationale d'un ressortissant de cet État. Exactement comme l'ont décidé les juridictions florentines, la Cour suprême de Naples retient aussi comme caractéristique de la nationalité du *de cuius*, le lien d'allégeance qui l'attachait au Royaume-Uni pour le déclarer de nationalité britannique, faisant ainsi en premier lieu abstraction des lois anglaises, irlandaises ou écossaises, lois particulières des parties constitutives du Royaume-Uni, qui s'effacent au point de vue de l'étranger devant une loi générale, la loi britannique déterminée par la qualité de ressortissant du Royaume de la Grande-Bretagne.

Cela étant, et passant dès lors à l'examen des caractéristiques de cette loi, la Cour fait remarquer que « dans l'Empire britannique n'existe pas un droit privé uniforme en matière successorale auquel s'opposent les diverses règles du droit international ». Que veut dire au juste cette proposition et surtout ce terme « s'opposent » qu'emploie la Cour ?

Qu'il y ait opposition entre les règles de droit interne et les règles du droit international privé, quant il y a l'uniformité du droit interne d'une part, c'est-à-dire l'application toujours de la même loi pour les litiges ne contenant aucun élément d'extranéité, et au contraire diversité possible des lois applicables à déterminer par le jeu des règles du droit international privé, concernant les litiges comprenant un élément d'extranéité,

ce n'est pas douteux. Ces règles-là, faites pour déterminer la solution des problèmes indiquant l'application possible des lois différentes, constitueraient un corps de règles spéciales, s'opposant aux règles internes si celles-ci étaient toujours les mêmes. Mais y a-t-il dans l'Empire britannique et par rapport à la matière successorale tout spécialement, cette opposition nécessaire entre l'uniformité des uns et la diversité à laquelle conduisent les autres, qui déterminerait une opposition à établir entre celles-là et celles-ci ?

Cette question une fois posée, la Cour est nécessairement amenée à y répondre négativement.

Il existe, dans l'ordre du droit interne, « un principe général qui détermine la loi applicable aux citoyens selon les diverses situations où ils peuvent se trouver. »

On apercevra que, pour marquer justement qu'elle s'attache d'abord à l'ordre des problèmes de droit interne, la Cour raisonne sur les citoyens britanniques qui peuvent se trouver dans diverses situations, mais où, peut-on se demander ?

Habitant toujours sur le territoire de l'Empire britannique, ce sujet britannique ne verra pas appliquer la loi spéciale du lieu de son habitation à sa succession, mais en vertu de ce principe général et traditionnel, la *lex rei sitæ* pour les immeubles de la succession, la *lex domicilii* pour les meubles héréditaires.

Ce principe, dont la Cour a ainsi le soin de montrer l'action dans le domaine du droit interne, doit être compris dans le cercle des règles de droit objectif auxquelles se réfère l'article 8 des dispositions préliminaires. Ce terme du droit objectif est mal venu, certes. Tout le raisonnement de la Cour était bâti tout d'abord sur le point de savoir s'il y a en droit britannique une opposition entre les règles de droit interne et celles du droit international privé, et ceci dans le but évident de déterminer le contenu de la règle de l'article 8 des dispositions préliminaires au Code civil italien. Or, l'emploi du terme « de droit objectif » fait échapper le problème du cadre dans lequel une discussion utile a été ordonnée.

Mais, quoi qu'il en soit de cette terminologie aberrante, la discussion est ramenée à son objet essentiel quand la Cour revient à exprimer que si le principe qu'elle a rappelé est d'une part la règle de conflit qui est appliquée par les juges anglais aux hypothèses dont les éléments se trouvent hors du terri-

toire britannique, il est hors de doute que ce principe est en même temps une règle du droit britannique interne, en vertu de son application à la dévolution successorale dans les hypothèses relevant du droit interne seulement. Son application en vertu de l'article 8 des dispositions préliminaires à titre d'élément de la loi nationale britannique, n'implique pas, par conséquent, l'acceptation de la théorie du renvoi.

Pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que cette règle ressortît du droit international privé anglais, mais en est-il ainsi ? La Cour ne le pense pas, elle reconnaît à la vérité à cette règle un caractère mixte de règle de conflit, c'est-à-dire de règle de droit international privé et de droit interne à la fois, mais si elle n'entretient aucun doute sur cette dernière, elle n'admet la première que d'une manière réservée. La règle doit être considérée comme une règle de conflit dit-elle, mais elle est sans aucun doute une règle de droit interne. Quoi de plus naturel, dès lors, que ce soit ce trait de règle de droit interne qu'elle fasse prévaloir dans ce principe à caractère mixte.

L'analyse n'est cependant pas tout à fait la même dans l'arrêt de la Cour de Naples et dans les sentences des juridictions florentines.

Si, d'accord avec celles-ci, elle reconnaît le caractère de règle de droit interne britannique au principe de solution des conflits internes qu'elle a dégagée, elle ne se dissimule pas que c'est une règle de droit international privé en même temps. De l'identité matérielle des deux règles, elle ne veut nullement conclure à l'identité de leur nature juridique. Elle ne dira pas, avec les juridictions florentines, que ce principe n'est au fond qu'une règle de droit interne seulement, à plus forte raison, elle n'est nullement désireuse de se rallier à la thèse extrême de la Cour d'appel de Florence qui a déclaré qu'en général toutes les règles de conflit ne sont que des règles de droit interne, les règles de droit international privé du droit italien y comprises, bien que ces dispositions ne réglant que des situations juridiques comprenant un élément quelconque d'extranéité, ne trouvent pas de parallèle, comme c'est le cas dans le droit britannique, dans les hypothèses où n'entrent en jeu que les éléments juridiques d'ordre purement interne.

Cependant, ce qui réunit les trois décisions, celle de Naples et celles de Florence, dans la même idée, c'est leur préoccupation en retenant les règles de conflit de la loi étrangère, d'évi-

ter cependant tout reproche de fondeur leur solution sur la théorie si controversée du renvoi, c'est pour cela que toutes ces trois décisions cherchent à débaptiser, pour ainsi dire, ces règles de conflit en les présentant surtout comme des règles du droit interne étranger normalement compétent.

Mais elles se distinguent certes par cela que si les décisions florentines aboutissent au résultat identique de renvoi, l'arrêt de la Cour de cassation de Naples l'écarte par un raisonnement qu'il convient de bien mettre en lumière.

Quelle est, en effet, la portée de la règle de conflit de la loi britannique, en admettant même que comme règle de droit interne surtout elle reçoive un effet extra-territorial à titre de disposition de la loi nationale ? Selon la Cour de cassation de Naples, elle est toute relative.

Que le *de cujus* de nationalité britannique, régi dans la matière successorale par le droit objectif (interne) britannique ait eu son domicile dans un pays soumis à la souveraineté britannique, ou qu'il l'ait sur les territoires d'autres pays indépendants, la loi anglaise, loi nationale, devra être appliquée par le juge italien et par voie de conséquence ses immeubles régis par la *lex rei sitæ*, ses meubles par la *lex domicilii*.

La Cour de cassation de Naples ajoute même qu'ainsi auraient jugé les juges anglais, comme auraient jugé les juges italiens, ou en d'autres termes par ce double raisonnement tout à fait pareil à celui admis par le Tribunal civil de Florence, la Cour de cassation aboutit le cas échéant au renvoi sous forme de *Weiterverweisung*.

Mais que la même question se pose par rapport à la *lex fori*, à la loi italienne en l'espèce, tout change, et ceci en vertu de l'idée de l'ordre public international.

Que la loi étrangère nationale soit en principe, s'agissant de la matière successorale applicable pour le juge italien, que parmi les dispositions internes de cette loi soient classées aussi et deviennent ainsi applicables en principe les dispositions de droit international privé soit, mais encore faut-il qu'elles ne soient pas contraires à certaines dispositions impératives de la loi italienne. Alors, ces dispositions italiennes, du moment qu'elles mettent en échec et se substituent aux dispositions normalement applicables de la loi étrangère, doivent être considérées comme d'ordre public international. Dans cette hypothèse, par conséquent, la règle générale qui veut que la loi

anglaise étant en principe applicable, les juges italiens jugent comme auraient jugé les juges britanniques, doit subir un échec.

Le *de cujus* étant domicilié en Italie, les juges anglais appliqueraient certes à sa succession la législation italienne, mais le juge italien ne peut se conformer ici à leur manière de voir et en vertu de l'article 8 appliquera la loi nationale du *de cujus*, c'est-à-dire la loi anglaise interne. Comment, nous demandera-t-on, peut-on employer ici ce terme ; cette terminologie ne dénature-t-elle pas la pensée de la Cour qui a justement compris dans le droit interne toutes les règles de conflit ou du moins, tout en reconnaissant à ces dernières une double nature de règles internes et de règles internationales faisait prévaloir le premier caractère sur le second ? Mais qu'on relise avec attention cet attendu de l'arrêt qui pose la distinction entre les règles de droit interne de la loi étrangère et celles de droit international privé en autorisant le juge à appliquer celles-là à l'exclusion de celles-ci. Qu'on le relise et on sera persuadé qu'ici la Cour de cassation de Naples, en donnant un démenti à toute sa doctrine qu'elle expose dans son arrêt et qui a vu le jour depuis les décisions florentines, reverse le débat dans le creuset de la banalité (1).

C'est avec un intérêt nécessairement amoindri qu'après ces constatations de certaines affirmations vieilles, obscurcies au surplus par des raisonnements inutiles et vains, vu la conclusion à laquelle ils aboutissent, qu'on lira comme seul argument à l'appui de cette manière de voir, que la source de l'impératif qui s'impose au juge italien, c'est la nécessité de faire prévaloir la qualification de la *lex fori* sur celle de la loi étrangère, postulat arbitraire en soi, amené au débat sans aucune justification et mal venu dans l'espèce parce que renfermant une confusion et une pétition de principe.

En effet, que veut dire que la loi anglaise a choisi pour régir la succession mobilière le statut réel, à supposer qu'elle s'est inspirée de la conception de réalité dans cette matière ? Mais pas autre chose qu'elle s'est arrêtée à la *lex rei sitæ*, tandis que la loi italienne s'est arrêtée à la loi nationale. Différence

(1) Voyez Lainé dans la Revue Lapradelle, 1906, pp. 605 643 ; mais conf. cependant l'étude originale de M. Lerebours-Pigeonnière, *Clunet* 1924, pp. 877 et ss. et M. Frankenstein, Cours professé à La Haye, *Rec. de l'Académie de droit international*, 1931, pp. 257 et 315.

de systèmes de conflit de loi, basée certainement sur certaines différences dans les conceptions juridiques. Mais pourquoi cette différence de conception doit-elle conduire à l'exclusion entière de la conception anglaise par le juge italien ? Toute différence de conception n'aurait tout de même pas ce résultat, car cela équivaldrait à l'exclusion de toute application de la loi étrangère aux prétoires italiens.

Cependant, si ce principe ne concernait que les règles de conflit, une pétition de principe saute aux yeux. La conception différente de la loi italienne par rapport à la conception de la loi étrangère attribuerait donc le caractère péremptoire aux règles de conflit de la loi italienne parce qu'elle trouverait justement son expression dans les règles de conflit. Mais alors, le caractère impératif appartiendrait à ces dernières comme telles, leur serait essentiel ? On ne pénètre guère très avant dans le problème avec cette manière de raisonner.

§ 24. — COUR D'APPEL DE FLORENCE, 28 JUIN 1927 (1).

La Cour d'appel de Florence a dû se prononcer sur la portée de l'article 8 des dispositions préliminaires par rapport aux biens du *de cuius* se trouvant en Belgique. Elle s'est exprimée dans ces termes :

« Il y a lieu d'examiner la question si le jugement de partage doit comprendre non seulement les biens existant en Italie, mais aussi ceux situés en Belgique. Sa solution dépend essentiellement de l'interprétation exacte et de l'application de l'article 8 des dispositions préliminaires, plutôt que de celle des articles 94 et 105 du Code de procédure civile, puisque dans l'espèce la compétence du Tribunal civil de Lucques n'est pas mise en doute... les appelants prétendent seulement que ce jugement est limité dans sa portée aux seuls biens existant en Italie et ne comprend pas ceux qui sont situés en Belgique.

« A propos des dispositions édictées par le Code civil et le Code de procédure civile au sujet des jugements de partage, on peut faire remarquer seulement, qu'il y a certitude quant au principe dont elles sont inspirées, à savoir le principe de

(1) *Rivista di Dirit. Int.*, 1928, p. 251.

l'unité et de l'indivisibilité absolue de l'ensemble des biens successoraux destinés à être partagés (1) et ceci qu'il soit question des rapports touchant au fond du droit ou de ceux de la procédure : toutes les règles touchant au fond du droit (2) qui gouvernent la division héréditaire, démontrent combien pour notre loi n'est concevable que la seule masse successorale (3) qui comprend tous les biens laissés par le *de cuius* et toutes les personnes qui ont le droit de succession à ceux-ci...

« Ce principe, qui est la règle générale de notre droit international, a-t-il à subir des modifications quelconques quand la procédure du partage s'étend aussi aux personnes étrangères ou résidant à l'étranger ou sur les biens situés à l'étranger.

« Il faut répéter que dans l'espèce, il ne s'agit nullement de contestation sur la compétence, — il est reconnu que nécessairement la procédure doit s'étendre à tous les héritiers, qu'ils soient des citoyens italiens ou étrangers, qu'ils résident en Italie ou à l'étranger. La discussion s'agite uniquement au sujet des biens qui doivent être compris dans la division et elle doit être résolue selon l'opinion de la Cour sur le fondement de l'article 8 des dispositions préliminaires.

« La doctrine est d'accord sur le concept et le but essentiel de cet article; à l'exception d'un seul éminent jurisconsulte dont l'opinion, quoique soutenue avec vigueur et persévérance, est restée isolée (4); en effet, après avoir statué dans l'article 7 que les biens immobiliers sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés, tandis que les meubles le sont à la loi nationale du propriétaire (sauf les dispositions contraires de la loi du pays où ils se trouvent), le législateur dispose dans l'article 8, par dérogation à l'article précédent, que les successions légitimes et testamentaires, en ce qui concerne l'ordre successoral, l'étendue des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté, sont régies par la loi nationale de la personne de la succession de laquelle il s'agit, quels que soient la nature des biens dont il s'agit et le pays où ils se trouvent. Les travaux préparatoires démontrent

(1) Della unicità e della assoluta inscindibilità della divisione ereditaria.

(2) Le norme di diritto materiale.

(3) Per la nostra legge non sia ammissibile che una sola divisione.

(4) Allusion certaine à Gabba, son opinion toutefois trouve un fort appui jurisprudentiel.

que par cette disposition le législateur a voulu innover quant aux principes antérieurement reçus, en vertu desquels les immeubles, même dans la matière successorale, devaient être toujours régis par la loi du lieu de leur situation, ce qui veut dire que la disposition proposée et approuvée par la suite est la plus juste, la plus libérale et la plus conforme aux principes du droit philosophique, parce que le droit à la succession n'étant pas autre chose que la combinaison du principe de la propriété avec celui de la famille (1) devrait être régie par le statut personnel ; on a observé que le principe contraire devait être rejeté, parce qu'il était scientifiquement erroné, parce qu'il conduisait aux complications, aux incohérences, aux dépenses et à des dommages considérables pour les successeurs ; parce qu'il était contraire à la volonté présumée du défunt, lequel, sous réserve d'expression de volonté contraire, devait certainement avoir voulu que ses biens, quel que soit le pays de leur situation, seraient transmis d'après sa loi nationale et non point d'après la loi étrangère.

« Il est par conséquent certain qu'en vertu de l'article 8, qu'il s'agisse de régler la dévolution de la succession d'un étranger qui s'ouvrirait en Italie ou celle d'un Italien s'ouvrant à l'étranger, en ce qui concerne l'ordre successoral et l'étendue des droits successoraux, ainsi que la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté, le juge italien doit considérer l'hérédité comme une universalité juridique (*universum jus*) et appliquer la loi nationale du *de cuius* quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils se trouvent, ceci par rapport au patrimoine tout entier regardé comme une *universitas*.

« Sur ce point, il faut le répéter, toute la doctrine est du même avis, mais les discussions surgissent quand les biens situés à l'étranger sont régis, même par rapport à la succession par la *lex rei sitæ* de manière qui diffère de celle de la loi nationale du *de cuius* ; dans ce cas, on a fait remarquer que le législateur italien ne pourrait prétendre dicter des lois au monde ; que, par conséquent, l'article 8 n'aurait pas la valeur

(1) Perchè la ragione successoria, non essendo altro fuorchè la combinazione del principio della proprietà con quello della famiglia doveva essere regolata dalla legge della persona. Une idée très juste, voyez quant à son fondement notre étude au *Clunet*, 1931, p. 700.

d'une disposition législative, mais serait seulement une simple énonciation d'un principe académique, ou qu'il contenait une règle de procédure qu'en dernier lieu il était parfaitement inutile que le juge italien émit des décisions dans cet ordre d'idées, du moment qu'il saurait d'avance que celles-ci ne pourraient être suivies d'exécution à l'étranger.

« Et dès lors, on a imaginé différentes théories plus ou moins ingénieuses pour essayer de donner au principe sanctionné par l'article 8 une interprétation et une portée qui permettraient de ne pas le mettre en conflit avec la *lex rei sitæ*. La jurisprudence, après maintes incertitudes, s'est fixée quant au sens à donner à l'article 8 et quant à l'interprétation et à l'application voulues par le législateur et qu'il a montré clairement, tant par la lettre que par l'esprit de la règle, sans se préoccuper de l'éventualité où la *lex rei sitæ* disposerait d'une manière différente de la loi nationale du défunt que le juge italien doit appliquer.

« Avant tout, la Cour constate que, dans l'espèce, n'a pas lieu la circonstance qui a engendré tant de discussions dans la doctrine et dans la jurisprudence ; dans l'espèce, en effet, la loi nationale du *de cuius* que d'après les dispositions de l'article 8 le juge italien est appelé à appliquer notamment la loi belge, est identiquement la même que la *lex rei sitæ* parce qu'il s'agit dans l'espèce de comprendre dans le partage aussi les biens qui se trouvent en Belgique, — tout danger de conflits semble dès lors conjuré.

« Mais, même en faisant abstraction de cette circonstance de fait, il semble à la Cour que l'article 8 doit être appliqué par le juge italien sans avoir à se préoccuper des dispositions contraires ou différentes qui pourraient se trouver dans les législations étrangères.

« Il semble impossible de prétendre concilier l'application dudit article avec le respect de la loi étrangère qui statue différemment.

« Dire que l'article 8 ne contient pas de précepte législatif mais seulement l'énonciation d'un principe philosophique, lequel peut être considéré comme non écrit (d'après la règle des Pandectes : *quæ ita scripta sunt ut intelligi non possint perinde sunt ac scripta non essent*) est une argumentation qui ne pourra plus être acceptée par aucun magistrat, qui ne pourrait

partir de la prémisse que le législateur dispose d'une manière académique et non par voie de préceptes obligatoires (1).

« N'est pas plus convaincant non plus le système d'après lequel le magistrat italien saisi d'une question relative à la détermination de l'ordre successoral et la détermination de la qualité et de l'étendue des droits successoraux, doit le faire en se rapportant à une loi unique et statuer par rapport au patrimoine tout entier considéré comme universités, mais que la décision des magistrats italiens n'aurait pas d'effet en ce qui touche l'acquisition et l'exercice des droits successoraux sur les biens existant à l'étranger (2).

« Tandis que la théorie précédente part de la prémisse que ce serait le législateur qui émettrait les vœux académiques, celle-ci n'admet pas que ce soient les magistrats qui le fassent, cependant les magistrats rendent les décisions en partant de cette prémisse qu'elles doivent avoir des conséquences pratiques et effectives ; si cette exécution doit avoir lieu dans le Royaume, il y aura certitude à ce point de vue, si au contraire, elles doivent la recevoir en dehors du Royaume, cette certitude manquera, quelle que soit la façon dont statuera le juge italien (3).

« On ne saurait non plus accepter l'opinion d'après laquelle l'article 8 contiendrait une règle de droit matériel, et non point de droit formel et de procédure, parce qu'il y a une confusion certaine au fond de cette allégation.

« On peut admettre que l'article 8 contient aussi une règle de droit matériel, mais il contient tout d'abord (pure) un précepte donné au juge italien concernant la loi qu'il doit appliquer pour régler l'ordre successoral et déterminer l'étendue et la mesure des droits successoraux ; or, puisque le juge a occasion d'interpréter et d'appliquer la loi à propos et en conséquence de la procédure, on ne pourra pas méconnaître que l'article 8 produirait aussi des effets sur la procédure qui a été intentée devant le juge italien par rapport aux matières prévues

(1) Che il legislativo faccia dell'accademia, e non disponga dei precetti obbligatori.

(2) Debba cio fare, attenendosi ad una legge unica e statuendo a riguardo di tutto il patrimonio come universitas, ma che la pronuncia del magistrato italiano non abbia effetto circa l'acquisto et l'esercizio dei diritti successorii relativamente ai beni esistenti all'estero.

(3) Manca questa cersezza, comunque statuisca il giudice italiano.

dans l'article 8 (tel l'ordre successoral, l'étendue des droits successoraux, la valeur intrinsèque des dispositions testamentaires) (1).

« Il est évident combien toutes ces théories n'ont d'autre but que celui de paralyser d'une manière ou d'une autre, sous une forme ou sous une autre, la prescription de la loi qui résulte de sa rédaction des plus claires et du principe qui, de toute certitude, l'a inspirée.

« L'objection plus sérieuse est celle d'ordre pratique pour ainsi dire ; dans quel but le magistrat italien prononcera-t-il une décision quand il sait qu'elle est contraire à la loi de l'État où elle devra s'appliquer, et notamment quand il ne sait pas si sa décision pourra être appliquée par l'État étranger ? Or, il semble à la Cour que cette considération ne peut non plus détourner le magistrat italien de l'application directe et complète de l'article 8. Il a été déjà observé par un éminent auteur du droit international qu'il est absolument nécessaire de faire abstraction de la possibilité pour la décision d'obtenir l'effet qu'il a en vue, en ce qui concerne son efficacité à l'étranger (2).

« Il suffit, en effet, de répondre que dans un tel cas l'efficacité de la décision dépend de la volonté diverse et variable des États étrangers, ou, ce qui revient au même, de leurs organes, pour se convaincre qu'il est impossible d'admettre que le législateur aurait voulu subordonner de quelque manière que ce soit les décisions des magistrats aux considérations de l'efficacité qu'elles pourraient avoir ailleurs. Il se peut, à la vérité, que le législateur en adoptant telle ou telle autre règle se serait préoccupé aussi et peut-être principalement de la possibilité pour les sentences prononcées sur le fondement de telle règle d'obtenir une reconnaissance à l'étranger, et il se peut que dans cette fin, il abandonne un principe rationnellement plus juste en faveur d'un autre généralement admis. Mais les considérations

(1) Ora poiché il giudice ha occasione da interpretare ed applicare le leggi proprio in occasione e in conseguenza di un procedimento così non può disconoscere che l'art 8 viene a produrre effetti anche sul procedimento che dinanzi il giudice italiano venga esperito per gli oggetti, previsti nell'art. 8 (ossia ordine di succedere, misura dei diritti successori...).

(2) Il prescindere dal tener conto della possibilità che la decisione giudiziaria ottenga l'effetto al quale è diretta, è assolutamente necessario per quanto concerne l'efficacia della sentenza all'estero.

de ce genre de caractère tout pratique et politique ne peuvent pas sortir du domaine législatif et devenir la préoccupation du pouvoir judiciaire, sans que celui-ci se dénature et perde tout critère de certitude objective dans la solution de divers litiges.

« Si on ajoute au surplus que quand la *lex rei sitæ* dispose diversement de la nôtre, et notamment de la loi nationale du *de cuius*, il n'y a pas non plus de certitude que la loi italienne reçoive exécution dans l'État étranger, parce qu'il faudra toujours ne pas perdre de vue le point de savoir si les limites dans lesquelles est renfermée la faculté du juge d'accorder l'*exequatur* de la sentence étrangère l'autorisent à admettre une décision qui est fondée sur une loi différente de celle qui aurait dû être appliquée d'après les règles de conflit en vigueur dans l'État où la sentence a été rendue (1). Mais même en en faisant abstraction et en considérant l'hypothèse où la sentence italienne ne bénéficiera pas de l'exécution à l'étranger, il n'en suit pas que la sentence du juge italien devienne une simple déclaration académique parce qu'elle dira toujours le droit dans notre État et c'est en cela que consiste sa valeur et sa raison d'être. La valeur d'une sentence ne peut être envisagée que par rapport à l'État où elle a été prononcée, parce que l'acte de juridiction, ainsi qu'un acte de souveraineté, existe seulement pour lui et dans ces limites. Une décision italienne, prise en elle-même et sans autre condition, ne constitue encore pas un acte de juridiction par rapport aux États étrangers. Les effets qu'elle pourrait y produire, sont dès lors des conséquences ultérieures accidentelles tenant à un autre ordre de principe ; par conséquent, elles ne sont pas des effets essentiels de l'acte de la juridiction italienne. Pour ces raisons, l'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être subordonné à l'efficacité qu'elle pourrait avoir dans les États étrangers.

« Il est impossible de traiter la question d'une manière complète et adéquate sous tous ses aspects, il faut ajouter seulement que notre loi exclut d'une manière absolue et complète pour le juge italien le pouvoir de tenir compte des règles de droit international privé en vigueur dans les pays étrangers et

(1) Non vi è mai la certezza che la legge italiana non avrà esecuzione nello stato estero perché resterà sempre da vedere se i limiti, che incontra il giudice di exequatur nelle sua indagine, gli consentivano di accettare che la sentenza è fondata sopra una legge diversa da quella che secondo le regole ammesse nello stato, avrebbe dovuto essere applicata.

notamment des règles qui, dans un État étranger, affirment une compétence législative qui n'est pas admise par la *lex fori* ; elle part, au contraire, de la conception qu'il doit tenir compte *exclusivement de la détermination de la compétence législative par la lex fori*, ce qui exclut au même titre tant la prise en considération de la loi du domicile du *de cujus*, dans le cas où la loi nationale se dépouille de sa propre compétence en faveur de la *lex fori*, que la prise en considération de la loi de la situation des biens dans les cas dans lesquels celle-ci affirme sa compétence à l'exclusion de la loi nationale.

« L'article 8 n'est pas par conséquent l'expression du droit international (1) et notre législateur n'a pas eu la prétention de dicter des lois au monde, il n'est pas non plus une loi contraire au droit international parce qu'en admettant que le principe *tot hæreditates quot territoria* soit à l'heure actuelle admis dans nombre d'États étrangers et même dans leur majeure partie, ceci ne le ferait tout de même pas accéder au grade d'une règle de droit international, c'est-à-dire susceptible d'établir le devoir réciproque des États de reconnaître la compétence exclusive de la *lex rei sitæ* dans la réglementation des successions immobilières.

« Certainement, aucun État n'est obligé à méconnaître la compétence qu'un législateur étranger attribue à telle ou telle autre loi dans le règlement de la succession, ni à reconnaître par rapport aux immeubles situés sur son territoire la compétence de la loi nationale du *de cujus*, que la loi italienne établit à cette fin ; mais ceci n'apporte aucun obstacle à la liberté de celui-ci de disposer de la manière dont il a disposé, cela fait la preuve seulement de la liberté égale des autres États de faire rentrer une matière que notre législateur incorpore dans le domaine d'une loi donnée dans le domaine d'une autre loi différente.

« Et, par conséquent, il n'y a rien de particulier dans l'article 8 et spécialement dans sa phrase finale, mais au contraire, c'est une conséquence inévitable des conditions actuelles du droit international privé, parce que des États particuliers déterminent chacun pour lui-même la loi applicable aux rapports de faits qui se trouvent rattachés aux différentes lois, et ainsi il est toujours possible que le rattachement que le législateur

(1) Non è l'espressione del diritto internazionale.

croit devoir prévaloir serait au contraire négligé par un autre législateur, qui se rapportera à un rattachement différent, ainsi les personnes, les choses ou les actes qui pour nous rentrent dans le domaine d'une souveraineté donnée, seront considérés ailleurs comme appartenant à une souveraineté différente (1).

« Tant que feront défaut les règles du droit international proprement dit, les principes posés par les différentes législations pour en tenir lieu, n'ont qu'une efficacité nécessairement limitée et imparfaite, puisqu'ils sont toujours susceptibles de trouver un obstacle à leur application dans un principe différent en vigueur dans un autre État. Mais en ce qui concerne tant la règle elle-même que la sentence qui l'applique, une chose est le pouvoir de l'édicter et autre chose sa puissance exécutive, et la circonstance qu'une règle ou une décision judiciaire puisse rencontrer des obstacles à son exécution ne peut servir de motif plausible et suffisant pour ne pas la décréter ou la prononcer.

« L'article 8 sera donc interprété tel qu'il est, en dehors de toutes les préoccupations des relations dans lesquelles il se trouve, soit par rapport aux autres règles de compétence législative admises dans les États étrangers, soit avec les prétendus principes du droit international, et puisque tant sa lettre que la conception dont il a été inspiré, ne laissent aucun doute quant à son vrai sens, le juge ne peut pas y apporter une limitation propre à le dénaturer.

« Et, par conséquent, la procédure concernant le partage des biens de la succession de Grosfils, compétemment instituée devant le Tribunal de Lucques, doit comprendre aussi les biens du *de cujus* situés en Belgique ; on comprend que la sentence résultant d'une telle procédure, prononcée par l'autorité judiciaire italienne, ne pourrait être suivie d'exécution sans l'*exequatur* de l'autorité judiciaire belge ; les intéressés devront

(1) È invece una conseguenza inevitabile delle condizioni attuali del diritto int. priv. perche stabilendo i singoli Stati ciascuno per conto suo la legge applicabile a rapporti di fatto che si trovano collegati con leggi diverse, è sempre possibile che il collegamento che un legislatore considera come prevalente sia invece trascurato da un altro legislatore per riferirsi ad un collegamento diverso sicchè persone cose od atti che per noi rientrano nella sfera di una data sovranità sono altrove riguardati come appartenenti ad una sovranità diversa.

donc s'y pourvoir pour l'obtenir. Or, l'*exequatur* sera prononcé et alors la sentence italienne pourra être exécutée en Belgique comme en Italie, ou l'*exequatur* sera refusé et alors, par la force même des choses, par nécessité matérielle inévitable, le jugement de partage ne pourra comprendre que les biens situés en Italie. »

§ 24 bis. — FLORENCE, 1927. COMMENTAIRE.

La Cour d'appel de Florence a voulu rendre une décision fortement motivée ; — elle a formulé sa propre doctrine, elle a repris dans son argumentation, en les critiquant, toutes les raisons qu'on a invoquées en faveur de la nécessité de respecter les règles de conflit du droit étranger intervenant dans le litige. Mais avant d'apprécier la valeur de ses motifs, il faut relever immédiatement, et cela fait certainement honneur à la Cour, qu'elle a parfaitement aperçu que la théorie du renvoi ne constitue qu'un cas particulier de la question beaucoup plus générale de l'autorité qu'il faut attribuer aux règles de conflit de la loi étrangère.

Elle n'a pas manqué de discerner que le problème du renvoi dans sa forme la plus habituelle, celle où, d'après les termes de la loi étrangère normalement applicable à la capacité de l'étranger à titre de loi nationale, celle-ci doit être appréciée par rapport à la loi du domicile, par la *lex fori* notamment, si le domicile se trouve dans son ressort, et le problème de savoir s'il faut admettre l'autorité de la loi étrangère prise de nouveau à titre de loi nationale subordonnant la dévolution successorale à la *lex rei sitæ*, qui ne coïncide pas nécessairement avec la *lex fori*, est la même question, dont la solution dépend de considérations qui doivent être puisées dans le même ordre d'idées.

Quelle sera la solution de la Cour de Florence ? C'est le rejet de l'autorité des règles de conflit de la loi étrangère, seules celles de la *lex fori* devant être prises en considération.

C'est donc par voie de conséquence, étant donné la manière dont le problème a été posé, le rejet de la théorie du renvoi aussi.

L'argument essentiel en faveur de cette manière de voir,

c'est la lettre et l'esprit de l'article 8 des dispositions préliminaires. La lettre de l'article 8 serait claire, l'esprit n'en serait pas moins évident. Il s'attache à cette idée que la succession de toute personne doit être considérée comme une unité; or, elle ne pourra conserver ce caractère sur le plan du droit international privé que si elle est subordonnée à la loi unique qui, seule, servira à la détermination de l'ordre successoral, et l'étendue des droits successoraux. La règle du droit international privé est donc intimement liée à la conception du droit interne sur laquelle elle repose. C'est là la base de son caractère impératif. La Cour de Florence reprend ainsi la doctrine des Cours de Catanzaro dans son arrêt de 1894 (1), de Venise (2) de 1895, de Gênes (3) de 1904.

Au fond, la Cour ne détache point la règle de l'article 8 de l'ensemble des dispositions réglant le droit successoral en droit interne, et elle ne cherche guère à dégager le caractère impératif de cette règle, en le dérivant de sa fonction de principe du droit international privé. Pour le droit italien du moins, la Cour semble effacer la distinction des règles de conflit et des règles du droit interne.

Elle veut ignorer ainsi la différence fondamentale que nous avons déjà signalée entre les problèmes du droit privé interne et ceux du droit international privé, qui consiste en ce que, tandis que ceux-ci peuvent recevoir leur solution par l'exercice du pouvoir de commandement par la loi du juge saisi, ceux-là nécessitent pour qu'une solution réaliste puisse leur être donnée, la prise en considération du pouvoir de commandement de la loi étrangère, un fait qu'il est impossible de vouloir ignorer.

La Cour s'engage par ce raisonnement, à condition qu'on en tire les conséquences logiques naturelles sur la voie qui conduirait à la restriction considérable du domaine conquis en droit international privé à l'application de la loi étrangère. Si, en effet, la règle de conflit de la *lex fori* puise son impératif dans sa liaison avec une règle impérative de la loi interne, si par conséquent l'impératif de la loi interne se traduit par les effets impératifs sur le plan de conflit des lois, alors nécessairement toute règle de droit interne étranger ne devient

(1) § 9 bis.

(2) § 12 bis.

(3) § 17 bis.

vraiment applicable que dans le domaine de l'autonomie de la volonté, où elle serait retenue non en raison de sa propre vertu de loi, mais grâce à l'appui de la volonté des particuliers, dans la mesure où celle-ci peut s'exercer, tandis que dans le domaine réglementaire du droit elle n'aura d'effet qu'à la condition d'être identique avec la *lex fori*, ce qui reviendra à l'application pure et simple de celle-ci.

La Cour de Florence applique cette manière de voir quant aux effets d'une décision judiciaire italienne prononcée en vertu de l'article 8.

Que ces effets soient nuls à l'étranger, il importe peu pour elle. La fonction juridictionnelle essentielle, c'est de dire le droit dans les limites du territoire du juge pour que la décision y sorte tous ses effets, c'est la seule chose qui devrait l'intéresser.

Mais dès lors, y a-t-il une distinction à faire pour la Cour de Florence entre une décision de pur droit interne et une décision impliquant la solution d'un problème de droit international privé ? Il semble que non, et qu'à ce point de vue aussi, la ligne de démarcation entre le droit international privé et le droit interne s'évanouit.

C'est une des conséquences de cette manière de voir que cette déclaration de la Cour que l'article 8 n'est pas l'expression du droit international qui, isolée du contexte, pourrait prêter à une interprétation différente, dans le sens notamment qu'elle ne fait pas l'objet d'une règle du droit international public, par opposition au droit international privé.

L'autre conséquence, c'est que la Cour admet que l'existence d'une règle de droit international public, ce qui n'est pas d'ailleurs le cas dans l'espèce, devrait avoir une influence même dans le domaine du droit interne, indistinctement sans doute à l'égard des règles de droit international privé ou de droit interne.

Cette portée que, sur le terrain de conflit, la doctrine de l'arrêt attribue ainsi aux règles impératives du droit interne, se concilie certes fort mal avec cet esprit libéral dont s'est inspiré le législateur de 1863 et dont la Cour croit devoir faire elle-même état. Elle aurait pu être appuyée certes avec plus de succès sur la considération de l'arrêt de la Cour d'appel de

Rome de 1906 (1) qui a basé sa solution sur l'intérêt de l'ordre juridique italien au premier chef.

D'ailleurs, ce n'est pas là la seule conséquence à laquelle conduirait la doctrine de la Cour de Florence.

Si la loi étrangère trouve son application en vertu des dispositions du Code civil italien, cette loi étrangère ne doit-elle pas aussi être envisagée comme un tout, sans distinction à faire entre les règles de conflit et les règles de droit interne. Comment pourrait-on reconnaître le caractère d'unité de la loi italienne et introduire la distinction qu'on rejette ainsi pour le droit italien, quand il s'agit de la loi étrangère ?

La doctrine positive de la Cour peut donc se résumer brièvement ainsi. Il n'y a que le droit interne italien, il a son domaine propre et réel, circonscrit par les limites mêmes de la souveraineté italienne, si ce droit, par des circonstances de fait, doit s'étendre au delà des frontières, le juge italien est tenu de l'admettre tout en se rendant compte de ce que cette extension serait purement factice dans tous les cas où les exigences du droit étranger en vigueur au delà des frontières italiennes ne seront pas prises en considération. En cela, il n'y a rien d'absurde, rien de choquant pour la Cour de Florence.

Dès lors, elle écarte la doctrine de la Cour de cassation de Turin de 1874 (2) qui estimait que le législateur ne pouvant pas avoir voulu un tel résultat et qu'il convenait de donner un sens différent à l'article 8 des dispositions préliminaires, que celui suggéré par sa prise à la lettre, elle écarte *a fortiori* la doctrine encore plus radicale de la Cour de cassation de Palerme de 1894 (3) qui considérait que les principes formulés déjà par la Cour de Turin avaient une telle force que, la partie finale de l'article 8, s'il était impossible de lui assigner un sens qui y fût conforme, devait être considérée comme un *lapsus mentis* et *pro non scriptum haberi*.

Elle fait remarquer notamment qu'il semble illogique d'admettre d'une part que le législateur puisse adresser de simples invitations aux États étrangers tandis que le juge serait tenu toujours de ne rendre des décisions susceptibles de recevoir exécution.

(1) 18 bis.

(2) § 5 bis.

(3) § 11 bis.

Mais ce n'est pas un argument qui pourrait paraître décisif.

Dans la pensée des Cours de Turin et de Palerme, c'est la seule explication possible de termes indûment généraux des articles 6 et 8 des dispositions préliminaires. Pour elles, certes, le législateur encore moins peut-être, aurait dû disposer d'une manière platonique que le juge statuer de la sorte. Et cette critique de l'argumentation un peu sophistiquée de la Cour semble d'autant plus fondée qu'elle-même ne considère pas la législation italienne comme parfaite et semblerait admettre des modifications dans le sens du respect plus grand des règles de conflit de la loi étrangère, sauf à réserver cette tâche au législateur.

Enfin, peut-on admettre avec la Cour qu'il puisse appartenir aux différents États de comprendre dans leur souveraineté, telle personne, telle chose, tel rapport de droit qui leur plairait d'y soumettre ? Les limites des souverainetés de tout État tiennent-elles au seul arbitraire de chaque État ? Question qui est étudiée dans la partie dogmatique de cet ouvrage (1).

Que convient-il de conclure sur l'ensemble de ces observations ?

Nous pensons que la décision commentée marque un point d'arrêt par rapport aux décisions si fertiles en enseignement juridique des tribunaux italiens que nous avons étudié pour montrer tout le mérite qu'ils ont eu dans leur volonté de pénétrer le fondement des institutions du droit international privé.

§ 25. — COUR DE CASSATION DU ROYAUME,
19 DÉCEMBRE 1931 (2).

« ...Il est constant en fait que Trivis, citoyen italien, ... a eu son dernier domicile à Buenos-Aires, où se trouve la majeure partie des biens constituant la masse successorale, parmi lesquels il y a des immeubles, tandis qu'en Italie, notamment dans les environs de Turin, se trouve une villa acquise par le *de cujus* en commun avec sa femme. Par conséquent, on est en présence d'une succession ouverte à l'étranger (art. 923

(1) *Supra*, L. I, pp. 60 et ss.

(2) *Riv. del. Dir. Int.*, 1932, p. 428.

Code civil) (1), ce qui a eu pour conséquence légitime de reconnaître aux autorités judiciaires de Turin la compétence de connaître de l'action portée devant elles, qui est celle de pétition d'hérédité, seulement dans la mesure dans laquelle elle vise les biens laissés en Italie et se trouvant dans le ressort du Tribunal de Turin, et ceci par application de l'article 94 du Code de procédure civile.

« Cette disposition de l'article 94 concerne la compétence territoriale, car c'est ainsi qu'est intitulée la section où elle se trouve (2), c'est-à-dire la question de la répartition de la compétence entre les juridictions du Royaume.

« On ne peut certainement pas y voir une disposition visant l'attribution de compétence par rapport aux diverses juridictions du territoire du Royaume et de l'étranger, où se trouvent répartis les biens successoraux, qui donnerait la préférence à la juridiction dans le ressort de laquelle se trouverait la majeure partie des biens successoraux ; il s'ensuivrait que dans l'espèce soumise à la Cour, aurait dû être admise la compétence exclusive des juges argentins, — ce que soutient à titre principal le pourvoi, n'admettant que subsidiairement et seulement par rapport aux biens situés dans le Royaume la juridiction des juges italiens.

« Au contraire, la juridiction est dans tous les cas attribuée par l'article 94 (la giurisdizione è, in ogni caso, presupposta dell'art. 94) ; en discussion, — lequel, s'il a fourni occasion aux opinions divergentes en ce qui concerne les étrangers, ne peut pas prêter matière à discussion quand il s'agit du citoyen soumis à la souveraineté (italienne), dont la juridiction est une émanation ; parce que, en ce qui le concerne, constitue une situation juridique normale (è trattamento normale) ce qui, par rapport à l'étranger n'est qu'une situation juridique exceptionnelle (trattamento contingente), pour les cas spécialement prévus (nei casi all'uopo previsti).

« Il en est ainsi de la matière successorale dans laquelle s'affirme et cherche à trouver sa réalisation la volonté expresse ou présumée du citoyen, comme une extension de sa personnalité au delà de la vie. Certes, la question de compétence peut

(1) Art. 923. Le successione si apre al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto.

(2) Sezione II, Delle competenze per territorio.

se poser (certamente una designazione del giudice occorre), mais à l'égard du citoyen par rapport auquel il faut limiter cet examen aux fins de décision à prendre, la question (un tale querito) qui est agitée n'est pas une question de compétence au sens strict du mot.

« La question de juridiction ne saurait pas (non à nemmeno prospettabile) être examinée sans porter davantage atteinte à la souveraineté même de l'État qui, en ce qui concerne le citoyen, ne saurait être détachée de la juridiction, à moins d'hypothèses exceptionnelles, que l'État lui-même détermine.

« Et à cette question ainsi posée, assez simple et circonscrite, répond l'article 94 ainsi entendu.

« C'est une autre question que celle de savoir, — la question de juridiction une fois résolue, quelle est la loi à appliquer par le juge à l'action en pétition d'hérédité, par rapport aux biens situés dans divers États ; elle sera examinée ultérieurement...

« Il convient d'abord, toujours dans l'ordre de la compétence, d'examiner l'exception tirée de l'état de litispendance, qui a été rejetée par la décision attaquée... »

La Cour rejette aussi cette exception et continue :

« La question de la compétence du Tribunal de Turin de connaître du litige porté devant lui étant ainsi admise, la question sur la loi applicable ne devrait guère constituer un objet d'examen. La loi applicable, s'agissant de la succession d'un Italien, ne peut être autre que la loi italienne.

« La question de la compétence législative a préoccupé et préoccupe encore les esprits des érudits, mais le pourvoi a à tort invoqué à l'appui du troisième moyen, les discussions et les doutes qu'a fait surgir ce problème. Cette question regarde le législateur, et le juge ne peut pas, et ne doit pas la déterminer toutes les fois que le législateur l'a résolue d'une certaine façon.

« S'il est certain que le citoyen porte avec lui le statut de sa propre personne (porto con se le statuto della propria persona), — les questions de succession rentrent dans la catégorie des droits personnels et de famille, — et si d'autre part s'affirme sans conteste par rapport au citoyen la loi de l'État dont il est ressortissant, l'occasion d'un conflit se présente, quand les biens de la succession se trouvent soumis aux diverses souverainetés et, partant, aux diverses lois. Mais le législateur a déjà depuis longtemps résolu ce conflit, en posant de

son côté, le principe du règlement des successions comme universalité (la norma del regolamento unitario delle successione), ceci par respect du principe de la continuité de la personne qui la soutient et de l'unité, qui en est la conséquence, de l'entité de droit, dans laquelle sont compris et à laquelle sont soumis les biens qui en forment l'objet (1), en disposant, par conséquent, que la loi de la personne s'applique quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils se trouvent (art. 8 des dispositions préliminaires Code civil).

« Tel est le principe du droit international privé simple et direct (lineare), que le juge italien doit appliquer, comme l'a fait correctement dans le cas présent la décision attaquée.

« On y objecte que l'application de la loi italienne, du moins aux biens situés dans la République d'Argentine, spécialement aux biens immobiliers, dont la transmission y serait réglementée d'une manière différente, non seulement méconnaîtrait les droits de la souveraineté étrangère (argt. de l'art. 7 des dispositions préliminaires) mais se réduirait à quelque chose d'inutile, étant donné que la décision l'appliquant ne saurait jamais être exécutée.

« Vaines objections, celles-ci aussi, parce que surmontées par une diverse appréciation du législateur, qui a prescrit néanmoins la règle susmentionnée.

« On peut faire observer, toutefois, en ce qui concerne le premier point, qu'il n'existe aucun *principe du droit international qui limiterait la faculté d'un Etat de légiférer au sujet des rapports ayant pour objet des biens situés à l'étranger* (2). Eût-il existé, — la règle italienne ne serait pas moins obligatoire pour le juge italien, — mais sa teneur mériterait de retenir l'attention du juge, non pas dans le sens de justification, qui serait déplacée (3), mais dans le sens que si l'existence d'un principe pareil était un fait, le juge devrait l'avoir présent à l'esprit aux fins d'interprétation de la règle édictée

(1) In omaggio al principio della continuità della personalità che la sostiene e della conseguente unità dell'entità di diritto da cui sono comprese e governati i beni che ne formano l'oggetto.

(2) Non esiste alcuna norma di diritto internazionale che limiti la facoltà di legiferare dello Stato nel riguardo dei rapporti aventi per oggetto cose situate all'estero.

(3) Non già nel senso di una giustificazione che sarebbe fuori di luogo...

par le législateur, car il est naturel d'admettre que celui-ci ne se propose pas ne pas se soumettre aux obligations de caractère juridique établies dans les relations entre les États auxquelles participe l'État propre du juge.

« Cependant, ce principe limitatif (*norma limitatrice*) n'a certainement pas existé quand la règle (italienne) fut édictée et il n'existe pas plus actuellement quand sont en faveur les projets de systématisation de ces règles sur le fondement du principe unitaire. D'ailleurs, la pensée du législateur se dégage clairement du choix qu'il a fait entre divers systèmes, et elle est trop connue pour y insister, étant donné qu'elle a été exprimée dans les termes précis et péremptoirs en eux-mêmes.

« N'est point pertinent l'appel à la loi du lieu contenu dans l'article 7, qui envisage les rapports juridiques concernant les choses proprement dites et considérées en elles-mêmes. C'est en opposition avec cette règle qu'on passe à celle de l'article 8 (suit le texte de l'art....) qui unifie les considérations sur les choses en les fondant avec celles de la personne comme émanation de celles-ci (1).

« Par rapport à un autre point, concernant la difficulté éventuelle d'exécution du jugement, il est aussi clair que le juge ne peut pas s'en préoccuper en appliquant la règle qui lui est dictée par le législateur. Du reste, le juge remplit déjà la mission essentielle de sa fonction, en disant le droit, qui constitue la base concrète pour règlement du rapport de droit (litigieux) (2).

« L'objection, que la réalisation intégrale ultérieure du jugement, qui constituerait le devoir de la fonction juridictionnelle, se heurte elle-même aux obstacles ne saurait, certes, servir de prétexte pour le juge pour ne pas appliquer le principe. Il s'agit là des difficultés contingentes et éventuelles, auxquelles ne peut remédier que la prévoyance du législateur. D'ailleurs, la tendance actuelle, contrairement à ce que s'imagine le pourvoi, n'est nullement favorable au changement de la règle, du moment que le projet du nouveau Code civil, s'il reprend dans l'article 11 la règle de l'article 8, à laquelle se rallient les suffrages toujours plus étendus, ajoute des mesures énergiques

(1) Unificando allora le considerazione delle cose nel concetto unitario riportato alla persone come un'emanazione du questo.

(2) Che costituisca la base in concreto ai fini del regolamento del rapporto.

pour rendre sa réalisation aussi complète que possible, en prévoyant que si à cause des dispositions de la loi du lieu où sont situés les biens, ne serait pas possible, en tout ou en partie, l'application de la loi nationale du défunt, le juge doit statuer de manière à rendre cette loi applicable dans la mesure du possible, même par le moyen de prélèvements ou attributions. Conception qui n'est pas neuve dans la doctrine italienne, qui fait ressortir le caractère d'universalité et d'unité de la succession, et qui fournit ici l'occasion de montrer par son simple rappel, combien avec sa thèse opposée, l'argumentation du pourvoi s'éloigne de notre tradition juridique constante.

« Il est à peine nécessaire de dire combien est inadmissible l'opinion qui admet un tempérament de l'article 8 des dispositions préliminaires tiré de l'article 12 des mêmes dispositions, dans le sens que comme notre législation ne consent pas à ce que les lois, les actes et les sentences provenant d'un pays étranger puissent déroger aux lois prohibitives du Royaume et considérées par celui-ci comme étant d'ordre public, de même on ne saurait admettre, que ses propres lois puissent sortir effet, en opposition aux lois d'ordre public d'un autre pays et annuler les lois prohibitives se rapportant à la succession des biens, situés dans l'espèce en Argentine. Admettre un tel point de vue équivaldrait, comme il est tout à fait clair, à détruire radicalement le système italien. Il est d'ailleurs évident que l'ordre public et les dispositions prohibitives dont s'occupe notre législateur, sont ceux du Royaume et non point d'un État étranger ; et on a déjà fait remarquer combien le législateur ne rencontre, au point de vue de droit international, des limites aux dispositions par lesquelles il touche aussi aux rapports du droit extérieur à son territoire (1). »

§ 25 *bis*. — CASSATION ROYAUME, 1931. COMMENTAIRE.

L'arrêt de la Cour de cassation du Royaume du 19 décembre 1931 est, à notre connaissance, la première décision rendue par cette haute juridiction dans la matière qui nous occupe.

(1) E si è già detto come il legislatore non incontro, del punto de vista giuridico internazionale, limite nelle norme che crede di emanare in ordine di rapporti che esorbitano dal suo territorio.

L'intérêt principal de l'arrêt se concentre certainement sur l'interprétation de l'article 8 qu'il a donnée, — mais, toutefois, n'est pas sans importance le raisonnement de la Cour suprême par rapport à l'article 94 du Code de procédure civile. Arrêtons-nous y brièvement d'abord.

La Cour commence par envisager une hypothèse générale d'une succession dont les biens sont dispersés dans plusieurs pays, et dont une partie se trouve en Italie. L'article 94 sera-t-il applicable à cette hypothèse pour déterminer le tribunal internationalement compétent pour statuer sur la pétition d'hérédité et les questions connexes ? — Les demandeurs en cassation le prétendaient, en affirmant que le Tribunal compétent d'après cet article serait celui du pays où serait située la majorité des biens successoraux, — les tribunaux argentins, en l'espèce. — La Cour a rejeté cette interprétation de l'article 94. Cette disposition ne serait, selon elle, qu'une règle de compétence interne, ne concernant que la répartition de compétence entre les juridictions du Royaume. Elle n'a donc pas maintenu la conception de l'article 94 du Code de procédure civile qui a été développée dans l'arrêt de la Cour de Catanzaro de 1894 (1), qui l'a considéré comme une disposition se rapportant aussi bien au droit international, qu'au droit interne. Mais malgré cette divergence de vues par rapport à cette disposition, la Cour de cassation admet, et ceci en pleine harmonie avec l'arrêt de Catanzaro, que le tribunal du lieu de la situation des biens se trouvant en Italie doit être compétent pour connaître la pétition d'hérédité dans la mesure de ces biens. — Si la Cour de Catanzaro déduit toutefois cette solution du principe général de la souveraineté territoriale, la Cour de cassation le rattache à l'article 94.

La décision de la Cour de cassation n'échappe donc guère aux critiques que nous avons formulées par rapport à l'arrêt de Catanzaro (2). Comment peut-on en effet maintenir, sans pouvoir être taxé d'une certaine hypocrisie juridique, le principe d'unité successorale, tout en admettant que plusieurs tribunaux à la fois puissent connaître de l'action en pétition d'hérédité, abstraction même faite des divergences des solutions pouvant résulter de l'application de différentes lois, pour

(1) *Supra*, § 9 bis.

(2) *Supra*, § 9 bis.

ne s'en tenir qu'à cette seule source de variété qu'est l'intervention de plusieurs tribunaux jugeant indépendamment les uns des autres dans la même affaire.

Mais si l'article 94 est ainsi reconnu exclusivement à titre de disposition du droit territorial s'agissant de la succession d'un étranger, il prendrait une toute autre portée s'il s'agit de la succession d'un Italien.

Les tribunaux italiens deviennent nécessairement compétents pour connaître de la dévolution successorale d'un Italien pour le tout, quel que soit le pays où les effets successoraux soient situés. La Cour de cassation s'écarte ainsi de la doctrine de l'arrêt de Catanzaro, la juridiction n'est autre chose que l'émanation de la souveraineté, c'est à tel point un effet naturel de celle-ci, que sauf des cas où le législateur y renonce lui-même, elle y reste attachée. Ainsi, sans texte, et à la faveur des seuls principes généraux, la Cour de cassation du Royaume dégage le même principe par rapport à la juridiction et la compétence des tribunaux nationaux que la Cour de Milan, dans son arrêt de 1899 (1), sans arriver toutefois à la même excellence de l'expression, ni atteindre peut-être la même hauteur de vues dont est inspiré cet arrêt mémorable.

Sait-on, en effet, si l'arrêt de la Cour de cassation ne se place uniquement qu'au point de vue de l'exercice du pouvoir souverain italien et de ses conséquences sans mettre sur le pied d'égalité à cet égard les souverainetés étrangères ? Tout porte à croire à la négative. La Cour de cassation du Royaume n'attribue-t-elle pas une juridiction partielle à une juridiction italienne sur les biens d'un *de cujus* étranger, situés dans son ressort, et ceci au détriment même du principe de l'unité successorale qu'elle tient en tant de respect, et auquel elle donne certes, satisfaction, s'agissant de la succession d'un *de cujus* italien.

Ces quelques observations suffiront quant à la question de la compétence. Nous pouvons aborder maintenant celle du conflit des lois.

Elle est résolue par l'article 8 par le législateur, déclare la Cour, et toute argumentation contre son interprétation littérale serait vaine, selon elle. S'il faut présumer, en effet, aux fins de saine interprétation, que le législateur italien ait voulu se

(1) § 16 bis.

conformer en édictant cette règle aux principes de droit international reconnus par la communauté des États, parmi lesquels se trouve l'État italien, ces principes n'existant pas dans la matière, rien n'empêche de prendre à la lettre le texte de l'article 8, exprimant une règle simple et directe, « lineare », selon le terme italien employé par l'arrêt. Il n'existerait aucun principe de droit international qui limiterait la faculté d'un État de légiférer au sujet des rapports ayant pour objet des biens situés à l'étranger et, ce principe eût-il même existé, ne saurait être retenu qu'aux fins d'interprétation de la règle de l'article 8, mais non point pour la contrecarrer, du moment que son principe est clair et précis. — La Cour de cassation du Royaume prend ainsi le contre-pied de la doctrine des arrêts de Cassation de Turin et de Palerme, et ne veut plus permettre aucun doute quant à l'omnipotence du législateur, verbale, du moins. La Cour n'échappe guère à ce reproche de vouloir faire de la législation une idée factice, — car si dans la suite de ses considérations elle fait allusion à la disposition de l'article 11 du projet du nouveau Code civil italien, qui, en maintenant la règle de l'article 8 des dispositions préliminaires, cherche à en renforcer davantage l'autorité en permettant les prélèvements et les attributions, — c'est-à-dire des péréquations à l'aide de la mainmise de la justice sur la partie des biens se trouvant en Italie (1), — la Cour n'échappe guère au reproche de voir la loi dans des simples manifestations déclamatoires dans tous les cas où, de par les circonstances de fait, le Tribunal appelé à statuer dans la matière successorale n'aura à sa disposition aucun moyen pour rendre à la loi une efficacité propre à sa nature même (2). La Cour n'est d'ailleurs que conséquente avec elle-même et ne tire qu'une déduction logique de sa doctrine erronée sur la notion même de la loi (3), quand elle déclare de ne point être touchée par l'objection que sa manière de voir pourrait souvent se heurter aux obstacles insurmontables pour la réalisation intégrale du jugement.

Elle a suivi ainsi les idées exprimées dans l'arrêt de la Cour de Florence du 26 juin 1927 (4) et ceci tant par rapport au

(1) Voir l'affaire Caruso, *Clunet*, 1929, p. 1166, avec notre note, où a eu lieu le prélèvement, et *supra*, partie dogmatique, p. 15.

(2) *Supra*, partie dogmatique, pp. 15-17.

(3) *Supra*, ch. II, § 2, section 2.

(4) *Supra*, pp. 326-330, § 24 bis.

concept de la loi en général, que l'influence du droit international public sur le droit interne.

C'est le défaut de l'analyse approfondie de la notion même de la loi dans le plan du droit international privé qui détache nécessairement toutes ces conclusions de la réalité des choses donnant aux idées une couleur d'irréalité et d'exagération, caractère d'ailleurs commun et voire banal de la conception du droit international privé dans d'autres pays aussi, — sur laquelle les plus anciennes décisions italiennes accusaient une grande supériorité, perdue ainsi dans les arrêts plus récents.

Ne donne pas davantage de solidité au raisonnement de l'arrêt le rappel qu'il fait avec insistance du principe du droit interne de l'unité et de l'universalité successorale. Ce principe est-il réalisable sur le plan du droit international privé ? Serait-il réalisé si on rapprochait la première partie de l'arrêt, interprétant l'article 94 et reconnaissant la compétence partielle d'un Tribunal italien dans la matière successorale, avec cette doctrine de nécessité de reconnaître l'unité et l'universalité héréditaire ?

On remarquera, enfin, que la Cour suprême ne semble point avoir fait état de l'importante et neuve doctrine du Tribunal et de la Cour de Florence de 1918-1919 et de celle de la Cour de cassation de Naples de 1920, qui ont assimilé les règles de conflit aux autres règles de droit interne et en ont tiré des conséquences juridiques importantes. Sa doctrine est sèche et classique, et sauf le rappel des idées intéressantes contenues dans l'article 11 du projet du nouveau Code civil sur les mesures de contrainte matérielle visant l'acceptation du régime successoral de l'article 8 des dispositions préliminaires, cet important arrêt accuse encore davantage, après l'arrêt de Florence de 1922, un temps d'arrêt, voire un recul momentané, dans le développement de la pensée juridique italienne, si puissante et si féconde en général.

TABLE DES MATIÈRES

DU LIVRE PREMIER

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

Position du problème.

Pages

§ 1. — Définition du renvoi. Sens large du mot : prise en considération de la règle de droit international privé de la loi étrangère normalement applicable. Deux hypothèses : 1. la règle de droit international de la loi étrangère limite le domaine d'application à son propre territoire, 2. elle renvoie à la *lex fori*, à une loi tierce ou à elle-même.

§ 2. — Utilité de cette analyse. Sous sa forme générale la théorie échappe à des objections qui ne visent que certains de ses aspects sans en atteindre l'essence, tel l'argument de la raquette de Pillet et des miroirs de Franz Kahn.

§ 3. — Méthode à suivre. Celle qui permettrait de découvrir le jeu des principes dont doit s'inspirer le droit positif. Intérêt particulier de l'étude du droit italien. Art. 6 et 8, textes clairs et précis. Application littérale par la Cour de Gênes. Effort de la Cour de cassation de Turin vers une interprétation différente. Lutte d'idées engagée autour de ces articles.

Plan des recherches ultérieures. Arguments pour et contre les art. 6 et 8. Principes généraux qui se dégagent de la discussion.

I

CHAPITRE II

Arguments tirés des textes de la loi positive pris dans leur sens littéral.

§ 1. — Arguments de la Cour d'appel de Gênes de 1870.

Argument de la Cour d'appel de Palerme de 1892 ; L. II, §§ 10 et 10 bis.

Argument de la Cour d'appel de Venise de 1895 ; L. II, §§ 12 et 12 *bis*.

Argument de la Cour de cassation de Naples de 1895 ; L. II, §§ 13 et 13 *bis*.

Argument de la Cour de cassation de Florence de 1895 ; L. II, §§ 14 et 14 *bis*.

Argument de la Cour d'appel de Gênes de 1904 ; L. II, §§ 17 et 17 *bis*.

Argument de la Cour d'appel de Florence de 1927 ; L. II, §§ 27 et 27 *bis*.

Argument de la Cour de cassation du Royaume de 1931 ; L. II, §§ 25 et 25 *bis*.

§ 2. — Examen de l'argument tiré de la teneur littérale des textes.

Section 1. — Le législateur italien l'a-t-il vraiment voulu. Arrêt de la Cour de cassation de Turin de 1870 ; L. II, §§ 3 et 3 *bis*. Le législateur ne peut vouloir une chose impossible. Recherche de sa volonté présumée, plutôt que de sa volonté réelle.

Section 2. — La notion de la loi. Son essence, le commandement. Rôle du juge. Il est inexact de dire que la loi commande au juge. Il n'intervient que quand les particuliers, de bonne ou de mauvaise foi, n'obéissent pas à la loi. Application de cette idée aux immeubles sis à l'étranger. Le législateur italien peut-il statuer à leur égard ? Distinction à faire. 1. Immeuble appartenant à un étranger. Le législateur italien n'a sur lui aucun pouvoir de contrainte. L'art. 8 ne peut pas être qualifié juridiquement de disposition légale. 2. Immeuble appartenant à un italien. Des mesures de contrainte émanant de leur souverain sont possibles. Limites dans lesquelles art. 8 est une loi.

Section 3. — Le sens des art. 6 et 8 est-il à tel point précis qu'il doive s'imposer nécessairement. Cour de cassation de Palerme de 1894. Distinction nécessaire entre les hypothèses où ils ont le sens de la loi et celles où ils ne peuvent l'avoir

9

Conclusion et transition. — Les accidents de rédaction ne donnent pas force inébranlable aux dispositions des art. 6 et 8.

22

CHAPITRE III

Si la règle de conflit reflète une institution importante du droit interne doit-elle se présenter aux yeux des juges comme revêtue d'une force obligatoire particulière ?

§ 1. — Arguments en faveur de cette thèse.

Cour d'appel de Palerme de 1892 ; L. II, §§ 10 et 10 *bis*.

Cour d'appel de Catanzaro de 1894 ; L. II, §§ 9 et 9 *bis*.

Cour d'appel de Venise de 1895 ; L. II, §§ 12 et 12 bis.	
Cour d'appel de Gênes de 1904 ; L. II, §§ 17 et 17 bis.	
Cour d'appel de Florence de 1927 ; L. II, §§ 24 et 24 bis.	
Cour de cassation du Royaume de 1931 ; L. II, §§ 25 et 25 bis.	
§ 2. — Examen critique de la thèse des arrêts. L'idée qui est à la base, est la liaison entre le droit interne et le droit international privé. Conception de M. Martin.	
1. — Etablissement des catégories du droit international privé et des principes qui les gouvernent.	
2. — Classement des institutions du droit privé selon leur nature juridique dans ces catégories.	
Cette méthode est-elle exacte ? En droit interne le législateur peut imposer sa manière de voir quant à la nature juridique d'une institution, en droit international privé il ne possède pas le pouvoir de commandement nécessaire à cette fin. Différence entre l'aspect interne d'une institution et son aspect international	24

CHAPITRE IV

Si le législateur a voulu classer une institution du droit privé dans une catégorie déterminée du droit international privé, quelle est la valeur d'une telle qualification ?

Les arrêts qui invoquent cet argument de classement législatif. Le législateur aurait-il plus de pouvoir pour qualifier que pour légiférer ? Différence avec le problème ordinaire des qualifications opéré toujours en droit interne. En droit international privé le législateur ne peut pas qualifier une institution dans son ensemble, mais seulement dans la limite de son pouvoir sur ses parties. Argument des arrêts tiré de ces considérations n'ajoute rien à l'impératif prétendu de l'art. 8. .

30

CHAPITRE V

Une règle de droit international privé aurait-elle une force particulière, parce que liée à une institution ayant caractère d'ordre public en droit interne ?

Cette pensée n'est pas formulée *expressis verbis*, mais se retrouve dans les arrêts de Catanzaro de 1894, de Venise de 1895, de Gênes de 1904 et surtout dans celui de Florence de 1927. Rappel de la notion d'ordre public international. A supposer que l'unité successorale soit d'ordre public international, quelles en seront les conséquences ? Art. 8 étroit et insuffisant à la fois. Arrêt de la Cour d'appel de Florence de 1927.

	Pages
C'est à la théorie d'ordre public international directement appliquée que doit revenir la tâche d'assurer le maintien du principe d'unité successorale	34

Conclusion et transition sur les cinq premiers chapitres.

Les arguments propres au droit italien positif en faveur de l'application absolue des art. 6 et 8 une fois écartés, il convient d'aborder la discussion sur le plan des principes généraux.	37
---	----

CHAPITRE VI

Revue des raisons qui permettraient, sur le fondement des principes généraux, de faire prévaloir des règles de conflit de la « *lex fori* » sur celles d'une loi étrangère.

§ 1. — Les règles de conflit d'une loi étrangère n'ont pas d'effet extraterritorial. Même s'il n'en était pas ainsi, la règle de celles de la *lex fori*, art. 8, devait néanmoins prévaloir.

Les règles de conflit de la *lex fori* seraient d'ordre public international. Tant les règles de conflit de la *lex fori* que la loi étrangère seraient territoriales.

Les règles de la *lex fori* puisent dans leur qualité une vigueur spéciale excluant toute concurrence de la loi étrangère.

La jurisprudence porte ensuite son effort sur les règles de conflit pour déterminer, si elles doivent être considérées comme des règles de droit interne. Décisions florentines de 1918 et 1919 (L. II, §§ 21 et 22) et de la Cour de cassation de Naples de 1920 (L. II, § 23).

§ 2. — Conclusion. Ensemble assez hétéroclite. Difficulté de le réduire à des idées générales. Les arrêts ne réunissent pas sous l'empire des mêmes principes les règles de conflit de la *lex fori* et celles de la loi étrangère

39

CHAPITRE VII

Les règles de conflit de la « *lex fori* » doivent-elles être considérées comme d'ordre public international ?

§ 1. — Les décisions florentines de 1918 et 1919 déclarent les règles de conflit d'une loi étrangère comme faisant partie du droit interne applicable en vertu des art. 6 et 8 à titre de loi nationale. Mais la Cour de cassation de Naples en 1920 et la

Cour d'appel de Florence en 1927, tout en reconnaissant le caractère de droit interne et l'effet extraterritorial des règles de conflit de la loi étrangère, écartent leur autorité en Italie.

§ 2. — Examen de cette théorie. Critique de la marche du raisonnement de la Cour de Naples qui déclare d'ordre public italien les règles de conflit de la loi italienne, sans examen préalable des règles de la loi étrangère. Critique de fond. Les règles de conflit ne sont pas d'ordre public. Cf. l'arrêt de la Cour de cassation de Florence de 1895 qui a examiné à fond cette question.

§ 3. — La doctrine de la Cour d'appel de Rome de 1906 peut-elle être appelée au secours de celle de Naples. Conclusion négative. L'idée de la certitude du commerce juridique italien n'est pas d'ordre public international.

§ 4. — Conséquences singulières auxquelles conduirait l'admission de la doctrine de la Cour de cassation de Naples. Renvoi à la loi tierce qui peut conduire à l'application d'une règle de cette loi contraire à l'ordre public international italien, est admis par l'arrêt. Renvoi à la loi italienne qui ne peut jamais conduire à des conséquences contraires à l'ordre public italien, est écarté.

48

CHAPITRE VIII

Les règles de droit international privé peuvent-elles être considérées comme une œuvre indépendante du législateur, établissant sa propre compétence législative dans le domaine du droit international privé ?

Conception de la Cour d'appel de Florence de 1927 pareille à celle de M. Bartin quant au conflit de souverainetés.

§ 1. — Examen de la notion de la souveraineté.

L'établissement de la souveraineté ne peut être considéré comme indépendant ni par rapport au territoire, ni par rapport aux personnes. Son exercice non plus, sauf exception.

§ 2. — Etude à la lumière de la notion de la souveraineté des art. 6, 7 et 8 des dispositions préliminaires.

ART. 7. — Principe logique et raisonnable. Cour d'appel de Bologne en 1875 a aperçu la vraie notion de la souveraineté. Conception erronée de la Cour de cassation du Royaume de 1931. Finale judicieuse de l'art. 7.

ART. 8.

Notion de la souveraineté spirituelle. Ex. : souveraineté britannique. Cour de cassation de Naples de 1920. Dans quelle mesure peut-on parler du conflit entre la loi anglaise et la loi italienne. Effet restrictif et effet extensif de la règle de conflit de la loi anglaise. *Heimatosat civil et res nullius*

legis. — Cour de cassation de Rome de 1909. Rapprochement entre la notion de souveraineté personnelle et territoriale de l'Etat et ses institutions juridiques dans le plan international. Comparaison avec la propriété des objets matériels d'une part, la propriété intellectuelle d'autre part. — Cour de cassation de Florence de 1895 : pour la solution du problème de droit international privé il ne faut jamais partir de l'idée de conflit des lois. La souveraineté spirituelle est la seule qui puisse établir ses limites souverainement. Opposition de ses idées aux conceptions habituelles ; défaut de respect pour la souveraineté étrangère. Remarque : considérer la preuve de la loi étrangère comme un simple fait est un manque de respect pour la souveraineté étrangère dont émane la loi. Ces idées ne sont pas étrangères à la jurisprudence. Cour d'appel de Milan de 1894.

Conclusion. La *lex fori* n'a aucune compétence pour étendre la loi étrangère au delà des limites que celle-ci se pose. Heimatlosat civil. Res nullius legis. Moyens d'y remédier. .

59

CHAPITRE IX

Les règles de droit international privé n'ont-elles qu'un effet territorial ?

§ 1. — Cour de cassation de Florence de 1895. Cour d'appel de Rome de 1906. Tribunal civil de la Seine de 1928 Cour de Pau de 1906.

§ 2. — Liaison du problème avec la notion de souveraineté. Distinction des règles concernant les biens et les personnes. Effet territorial des unes, extraterritorial des autres. Par conséquent effet extraterritorial nécessaire des règles limitant la loi interne aux limites du territoire. Refus de l'effet extraterritorial des règles de conflit, incompatible avec l'esprit du C. civ. italien et d'autres législations : si la loi interne étrangère est admise en dehors de toute idée de réciprocité, on ne peut tout de même pas écarter systématiquement toute règle étrangère de droit international privé, tout en voulant assurer un effet extraterritorial aux siennes propres

79

Conclusion et transition.

Conclusion négative sur les prétendus fondements des règles de droit international privé. Nécessité d'engager une discussion sur le fondement même de l'application des lois en droit international privé

84

CHAPITRE X

Recherche du fondement d'application de la loi étrangère
à l'étranger en général.

Idée générale à la base des doctrines cherchant à faire prévaloir les règles de conflit de la *lex fori* sur celles de la loi étrangère et désir de ne pas admettre l'application de la loi étrangère ou de ne l'admettre à la rigueur que dans la mesure à établir par la *lex fori*. Courtoisie internationale. Respect de la souveraineté étrangère. Obligation naturelle ou plus précisément le devoir naturel. Nécessité de rechercher le fondement de ce devoir.

§ 1. — Arrêts italiens mettant en lumière l'idée du respect de la personnalité humaine :

Cour de cassation de Turin de 1870 ; L. I, §§ 3 et 3 *bis*.

Cour de cassation de Turin de 1874 ; L. I, §§ 5 et 5 *bis*.

Cour de cassation de Palerme de 1894 ; L. I, §§ 11 et 11 *bis*.

Cour d'appel de Milan de 1899 ; L. I, §§ 15 et 15 *bis*.

Cour d'appel de Gênes de 1904 ; L. I, §§ 17 et 17 *bis*.

Cour de cassation de Naples de 1920 ; L. I, §§ 23 et 23 *bis*.

Cour d'appel de Florence de 1927 ; L. I, §§ 24 et 24 *bis*.

Cour de cassation du Royaume de 1931 ; L. I, §§ 25 et 25 *bis*.

Evolution de l'idée du respect de la personnalité humaine. Sa force toujours croissante. Importance d'autant plus grande de cette recherche que les idées libérales sont en défaveur à l'heure actuelle.

Section I. — Evolution en droit interne.

Gaius, 1. 9. Disparition de la distinction entre hommes libres et esclaves. Définition des privilèges. Egalité par en haut. Egalité par en bas.

Section II. — Evolution en droit international.

Denys d'Halicarnasse, 8. 41. L'homme n'est homme qu'en tant que citoyen. Gaius, 1. 158. Différence entre les droits dérivant de l'agnation ou de la cognation. Opposition des droits civils et des droits naturels. Développement du droit naturel. Successions d'après les XII Tables et d'après la Nouvelle CXVIII de Justinien.

Respect de la personnalité humaine, conséquence de la civilisation. Chute de la civilisation antique, disparition du respect de la personnalité humaine. Textes du Haut Moyen Age. Les aubains. Beaumanoir. Clercs et nobles. Condition favorable des clers du fait qu'ils appartiennent au grand corps de l'Eglise, — des nobles, parce qu'ils ont une place déterminée dans la hiérarchie féodale. Il faut tenir de quelqu'un. Les roturiers. Lien territorial seulement. Epavité, s'il disparaît. — Excommunication, — ses effets confirment la même idée.

Evolution de la condition des aubains dans les coutumes de la France du Moyen Age. Relèvement corrélatif au progrès de la civilisation. Assemblée Constituante abolit le droit d'aubaine	86
--	----

CHAPITRE XI

Suite. — Evolution historique de la condition de l'étranger, dans l'ancien droit italien spécialement.

Causes spéciales de protection des étrangers. Pèlerinages. Idée de l'hospitalité. Edit de Rotharich: C. 367.

Etat précaire sans base juridique, ni morale qui, avec le morcellement de la puissance royale, ne résiste pas aux convoitises locales. Action répandue et puissante de la prescription acquisitive.

Formation des communes. Tendance différente. Respect de la liberté. Tarification des peines. Droit d'aubaine. — Convention de 1224 entre la Commune d'Asti et les Seigneurs de Pulbérigo.

Autres incapacités. Leur but : éviter la concurrence professionnelle des étrangers. Progrès réel, mais lent.

Code du compte Félix. Reconnaissance de certains droits qui compètent naturellement à l'homme.

Caractéristique que Pertile donne à ce mouvement de l'ancien droit italien. Aboutissement : Art. 3 des dispositions préliminaires du C. civ. italien. Admission de l'étranger aux droits civils dont jouit le citoyen

108

CHAPITRE XII

Le respect de la personnalité humaine doit non seulement influencer sur la condition des étrangers, mais aussi tenir compte de la nature sociale de l'homme.

L'homme n'est pas un être isolé, mais un être politique et social (Aristote). D'où impossibilité de l'assimiler entièrement au citoyen.

§ 1. — Influence du facteur social sur l'individu.

1. L'homme est un être social.

2. L'homme est un être social non *in abstracto*, mais *in concreto*, appartenant à une société déterminée.

Ulpien au Digeste. *De donationibus inter virem et uxorem*. Loi 1.

Paul. Loi 2 du même titre.

Ulpien. Loi 3 du même titre.

L'homme isolé serait livré à ses faiblesses. La force secourable vient de la société. Force d'habitude qui est derrière l'art. 1054 du C. civ. italien. Phénomène très général. Tacite (Germania VIII). Le sacrifice Dis Manibus de Decius Mus. Liv. VIII, IX et X. Aeschyle, Perses.

§ 2. — Influence d'un milieu déterminé.

Section 1. — Hérodote, liv. II, 37. Liaison entre la géographie physique si étrange de l'Egypte et son peuple qui ne ressemble à aucun autre. Comparaison avec le discours de Mancini. Importance de ces opinions, preuve de l'existence du sentiment qu'un étranger est un être différent de l'indigène et qu'il convient de traiter différemment.

Section 2. — Liaison entre le caractère du peuple grec et les conditions de géographie physique de l'Hellade (Histoire de la Grèce antique de MM. Glotz et Cohen).

Section 3. — Rapport entre la condition physique et sociale d'un pays et la vie des peuples du désert. Anciens Arabes et Hébreux. Les conditions de la vie désertique déterminent les formes du mariage et de la filiation. Genèse XIII. Juges XV.

Section 4. — Influence des conditions de la vie sociale sur les mœurs. Les mœurs forment un sentiment personnel de la justice. L'application à un individu d'une loi étrangère lui paraîtra choquante. Cour d'appel de Milan de 1899 et Cour de cassation de Palerme de 1894. Cour de cassation de Rome de 1909.

L'application de la loi étrangère a son fondement principal dans le respect de la personnalité humaine considérée comme un être collectif

118

CHAPITRE XIII

Influence de l'idée du pouvoir de commandement appartenant à l'Etat.

L'idée du respect de l'homme comme un être collectif n'a été considérée que par rapport à l'influence sur l'individu des mœurs du groupement auquel il appartient. Ce groupement est représenté par l'Etat qui commande. Recherche du rôle de ce facteur.

§ 1. — Statut personnel. Art. 6. Pouvoir de limiter l'extension de sa propre législation appartenant à la loi applicable. Pouvoir de mettre en mouvement la loi italienne. Le droit italien est accessible à l'étranger. Art. 3. Même subsidiairement obligatoire. Art. 12 des dispositions préliminaires. Théorie de l'heimatlosat civil. Rückverweisung et Weiterver-

weisung ne doivent pas être distinguées. Critique de l'art. 19 du projet du Code civil italien.

§ 2. — Pouvoir de commandement par rapport aux biens. Art. 7 des dispositions préliminaires. Matière successorale en particulier. Péréquations. Art. 11, § 2 du projet du Code civil italien.

Six propositions auxquelles se réduit le jeu combiné des deux idées fondamentales, le respect dû à la personne humaine considérée comme un être collectif et la reconnaissance du pouvoir de commandement de l'Etat par rapport à l'ensemble de sa propre législation, aux personnes, aux biens

144

CHAPITRE XIV

Recherche dans la jurisprudence de l'expression des deux idées fondamentales du droit international privé, respect dû à la personne humaine considérée comme un être collectif et reconnaissance du pouvoir de commandement de l'Etat dans les limites de sa souveraineté.

Sénat Milanais du xvii^e siècle ; L. I, §§ 1 et 1 *bis*.

Cour de cassation de Turin de 1870 ; L. I, §§ 3 et 3 *bis*.

Cour de cassation de Turin de 1874 ; L. I, §§ 5 et 5 *bis*.

Cour d'appel de Bologne de 1875 ; L. I, §§ 4 et 4 *bis*.

Cour d'appel de Milan de 1872 ; L. I, §§ 6 et 6 *bis*.

Cour d'appel de Milan de 1894 ; L. I, §§ 8 et 8 *bis*.

Cour d'appel de Milan de 1899 ; L. I, §§ 16 et 16 *bis*.

Cour de cassation de Palerme de 1892 ; L. I, §§ 11 et 11 *bis*.

Cour de cassation de Florence de 1895 ; L. I, §§ 14 et 14 *bis*.

Tribunal de Florence de 1917 ; L. I, §§ 24 et 24 *bis*.

Cour d'appel de Florence de 1918 ; L. I, §§ 22 et 22 *bis*.

Cour de cassation de Naples de 1920 ; L. I, §§ 23 et 23 *bis*.

Examen des idées que toutes les règles de droit international privé sont du droit interne et de l'obligation de juger comme aurait jugé le juge national de l'intéressé

153

CONCLUSION

Les deux idées fondamentales du droit international privé, dégagées dans les chapitres précédents, permettent de déterminer l'autorité des règles de conflit, tant de la *lex fori*, que de la loi étrangère. La théorie du renvoi n'est qu'une application d'espèce de ces principes, qui n'a rien d'original et de particulier en elle-même

174

LIVRE SECOND

§ 1. — Sénat Milanais du XVII^e siècle.

Pages

Testament fait à Bruxelles devant notaire. Art. 13 de l'Edit perpétuel de l'année 1611 disposant que les formes d'un testament concernant les immeubles doivent être soumises à la loi de leur situation. Le Sénat demande, semble-t-il, l'interprétation authentique par le souverain des Pays-Bas. Il reconnaît ainsi l'autorité des règles de conflit de cette loi. Cette interprétation est donnée par un arrêt du Conseil privé de l'année 1634. En affirmant la portée générale de la règle *locus regit actum*, le Conseil privé admet que cette règle doit s'effacer devant la règle correspondante de la *lex rei sitæ* ayant le pouvoir effectif de commandement

177

§ 2. — Cour d'appel de Gênes du 11 avril 1870.

Par opposition à l'art. 7 des dispositions préliminaires, l'art. 8 subordonne les successions à l'empire de la loi nationale. Les termes clairs et précis de l'art. 8 ne permettent aucune discussion quant à son application, même s'il était contraire aux principes du droit international privé antérieurement reconnus et s'il conduisait à des difficultés d'exécution des sentences prononcées. Problème ne rentrant nullement dans l'office du juge et étant du ressort exclusif du législateur.

179

§ 2 bis. — Commentaire.

L'arrêt engage la discussion sur le plan général de l'autorité à attribuer aux règles de conflit. Antérieur à l'arrêt Forge et aux discussions qu'il a soulevées, sur l'aspect particulier du problème, il imprime dès le début le caractère de grande généralité à son examen par les juridictions italiennes. Argument du sens littéral de l'art. 8 est entaché, malgré sa force apparente, de caractère trop présomptueux pour qu'à lui seul il puisse suffire

180

§ 3. — Arrêt de la Cour de cassation de Turin du 22 décembre 1870.

Force du principe *tot hereditates quot territoria*. L'art. 8 admet la loi étrangère sans l'imposer. Le juge ne doit pas prononcer une sentence dont il sait l'exécution impossible 182

§ 3 bis. — Commentaire.

Esprit réaliste de l'arrêt. Nécessité de la prise en considération du pouvoir réel de commandement. *Lex rei sitæ* applicable en vertu de cette seule idée. Reconnaissance de l'idée du respect dû à la personnalité humaine 184

§ 4. — Arrêt de la Cour de Milan du 1^{er} juillet 1872.

Interdiction d'un Français domicilié en Italie. Distinction entre conflit de juridictions et conflit de lois. Détermination du Tribunal compétent et de la loi applicable en vertu de la *lex fori* et des règles de la loi étrangère à la fois. 187

§ 4 bis. — Commentaire.

Prise en considération des règles de conflit de la loi étrangère sans indication à cet effet de la *lex fori*. Idée de la reconnaissance du pouvoir de commandement appartenant à la loi nationale peut seul l'expliquer 189

§ 5. — Arrêt de la Cour de cassation de Turin du 17 mai 1874.

Succession d'un Italien comprenant des immeubles sis dans les Etats Pontificaux. Fausse interprétation de la loi pontificale par la Cour d'appel. Art. 8 des dispositions préliminaires inapplicable. Application de la loi territoriale pontificale 191

§ 5 bis. — Commentaire.

Arrêt très important. Art. 8 primé par la règle de conflit de la loi étrangère ayant commandement sur les biens. 195

§ 6. — Arrêt de la Cour d'appel de Bologne du 5 janvier 1875.

Reprise des arguments de la Cour de cassation de Turin de 1874. L'application de l'art. 8 des dispositions préliminaires aux immeubles situés dans le territoire pontifical constituerait une offense à une souveraineté étrangère. 197

§ 6 bis. — Commentaire.

Reprise et accentuation de la doctrine de la Cour de cassation de Turin de 1874	199
---	-----

§ 7. — Arrêt de la Cour de cassation de Florence du 1^{er} décembre 1884.

Est applicable à la preuve de la filiation légitime d'un anglais la loi personnelle et non la règle <i>locus regit actum</i> . Reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir ordonné la preuve de la loi étrangère. L'examen de la loi personnelle incombe à la Cour de renvoi	200
---	-----

§ 7 bis. — Commentaire.

Admission implicite du renvoi. Liaison de cette théorie avec celle de la preuve de la loi étrangère et le pourvoi en cassation pour sa violation	202
--	-----

§ 8. — Arrêt de la Cour de Milan du 20 avril 1894.

Loi applicable à la constitution de la dot dans un mariage entre autrichienne et français. Rejet de la loi du foyer. Autonomie de la volonté. Recherche de la volonté des parties. Loi autrichienne retenue. On arrive au même résultat par application des règles de conflit de la loi autrichienne, art. 35 et 36 du C. civ. Autrichien	204
---	-----

§ 8 bis. — Commentaire.

1 ^o Autonomie de la volonté. Recherche de la volonté des parties. Loi applicable : loi autrichienne interne. 2 ^o Prise en considération de la loi étrangère ayant le pouvoir de commandement.	
Loi de commandement prise dans son ensemble — statut d'autonomie ne retenant que la loi interne.	207

§ 9. — Arrêt de la Cour d'appel de Catanzaro, mai 1894.

Succession d'un Canadien, domicile en Belgique, biens héréditaires situés en Italie. Déclinatoire de compétence des juridictions italiennes. Rejet sur le fondement de l'art. 8. Réaffirmation de compétence sur le fondement des règles de conflit de la loi canadienne. Application au fond de la loi canadienne interne	210
--	-----

§ 9 bis. — Commentaire.

Extension de l'art. 8 au Conflit de juridictions. Prise en considération des règles de conflit de la loi étrangère 213

§ 10. — Arrêt de la Cour d'appel de Palerme du 23 décembre 1892.

Italiens appelés à une succession d'immeubles sis à Malte et grevés de substitution fidéicommissaire. Rattachement au statut personnel. Application de l'art. 8. Loi locale ne régit que les questions tenant au régime des biens proprement dit. Principe de réciprocité : loi nationale de l'étranger applicable sur le territoire italien, — le juge italien serait en droit d'appliquer loi italienne aux successions revenant à des italiens à l'étranger. 216

§ 10 bis. — Commentaire.

Erreur de distinguer entre régime successoral et régime des biens. Fausse idée de réciprocité 220

§ 11. — Arrêt de la Cour de cassation de Palerme du 25 août 1894.

Cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Palerme de 1892. Loi italienne inapplicable. Indépendance des Etats souverains. Les lois n'ont d'autorité que sur le territoire de la souveraineté dont elles émanent. Un droit, pour être considéré comme tel, doit être susceptible de réalisation. Une décision des juges ne doit pas être une simple décision académique.

Art. 8 ne fait pas obstacle à cette conception. Etranger admis à égalité de droits avec le citoyen, mais pouvant invoquer aussi, en dehors de toute considération de réciprocité, sa loi nationale. Principe libéral adopté seulement à l'égard de l'étranger et ne s'appliquant aux Italiens ni en Italie, ni à l'étranger, en dehors du pouvoir souverain italien. La loi nationale ne peut s'appliquer en vertu de l'art. 8 que sur les biens situés sur le territoire national de l'étranger ou les biens situés en Italie. Sur les biens situés ailleurs elle n'a pas de pouvoir de commandement. Si l'art. 8 avait un autre sens, cela constituerait un *lapsus mentis* du législateur. — Mais réserve d'ordre public international. Loi anglaise concernant les substitutions inapplicables aux biens sis en Italie 223

§ 11 bis. — Commentaire.

Intérêt exceptionnel de l'arrêt. Principes du droit international privé.

1. — L'autorité de la loi dans l'espace est circonscrite par les limites territoriales de la souveraineté dont elle émane.

2. — La loi ne doit pas être interprétée dans le sens qui la transforme en une vaine formule sans autorité réelle.

3. — Les dispositions de conflit ne visent que les étrangers ; elles ne sont pas faites pour les nationaux.

4. — Respect dû à la personne humaine considérée comme telle. Loi étrangère applicable en vertu d'une obligation et non par simple courtoisie.

1^{re} et 2^e proposition indiscutables. 3^e proposition ne saurait être étendue au statut personnel. Le législateur a le pouvoir de commandement sur ses nationaux, même se trouvant à l'étranger. 4^e proposition. Evolution historique du droit de l'étranger. Interprétation de l'art. 8 conformément à l'extension du pouvoir de commandement de la loi italienne et de la loi nationale du *de cuius*. Effet territorial des règles d'ordre public international.

232

§ 12. — Cour d'appel de Venise, 1^{er} février 1895.

Succession d'une personne née et domiciliée en Italie. Immeubles sis à l'étranger. Art. 7, aspect objectif du droit successoral, application du statut réel. Art. 8, aspect subjectif du droit, règle fondée sur le caractère indivisible de la personne humaine et la volonté présumée du *de cuius*. Art. 8 applicable même aux immeubles sis à l'étranger.

Le droit d'option des héritiers soit de consentir au conjoint survivant l'usufruit sur l'immeuble, soit de lui verser une redevance, est régi par la loi nationale du *de cuius*.

La question de savoir si l'application de l'art. 8 ne doit pas être écartée comme contraire à l'ordre public autrichien, sera tranchée par la juridiction autrichienne à laquelle on demandera l'exequatur.

241

§ 12 bis. — Commentaire.

Arguments en faveur de l'application littérale de l'art. 8. Critique du fondement de la règle par la volonté présumée du défunt et par l'idée d'indivisibilité de la succession.

Distinction de l'aspect objectif et de l'aspect subjectif d'un droit. L'arrêt reprend, mais sans en pénétrer l'esprit, la doctrine de la Cour d'appel de Palerme. Réfutation de l'interprétation ancienne de l'art. 8 sans fondement juridique. Exception tirée de l'ordre public autrichien

245

§ 13. — Cour de cassation de Naples du 21 juin 1895.

Arrêt rendu sur pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Catanzaro de 1894. Le fait que la succession s'est ouverte

	Pages
en Italie suffit pour retenir la compétence des tribunaux italiens. Art. 8 statue implicitement en ce sens. Unité du patri- moine, unité de l'instance qui intéresse la succession. Appli- cation de la loi canadienne	249
§ 13 bis. — Commentaire.	
La règle italienne de droit international privé suffirait pour imposer l'unité de la loi applicable à une succession et unité de compétence au juge appelé à en connaître. Inutile d'invo- quer les règles de conflit de la loi étrangère. Rejet de la théo- rie du renvoi	250
§ 14. — Cour de cassation de Florence du 5 décem- bre 1895.	
Constitution de dot par un sujet autrichien à sa fille. Renon- ciation par le contrat de mariage à la succession du père. Père décédé en Italie. Fille demande annulation du pacte sur suc- cession future par application de la loi italienne. — Histori- que du droit international privé. — Subordination du statut personnel à la loi nationale. Seul le conflit d'autorité entre les lois étrangère et italienne peut y mettre obstacle. Distinction des lois régissant les intérêts privés et la Constitution des Etats. Les premières s'imposent aux ressortissants soumis au pouvoir de commandement du législateur, les secondes à tout le monde sur le territoire national et à l'étranger. Pas de conflit véritable entre les lois; il s'agit plutôt d'appliquer tantôt l'une, tantôt l'autre aux cas particuliers	253
§ 14 bis. — Commentaire.	
Principe fondamental qui doit dominer le droit internatio- nal privé : nécessité pour les particuliers de connaître avec certitude la loi qui régira leurs rapports de droit ultérieurs. Rapprochement avec l'idée du respect dû à la personnalité humaine. L'avantage que présente l'application de la loi natio- nale ayant une base rationnelle en dehors de toute idée de conflit de souverainetés. Application de la loi autrichienne. Rejet de l'exception d'ordre public international. La théorie du renvoi écartée sous prétexte d'abdication de la souverai- neté étrangère devant la souveraineté italienne et du carac- tère territorial des règles de conflit.	
Comment ne pas reconnaître à la loi étrangère le pouvoir de limiter son action à son propre territoire ?	256
§ 15. — Tribunal civil de Naples du 5 juin 1899.	
Abordage d'un navire français par un navire italien dans les eaux territoriales anglaises. Action en responsabilité civile.	

Art. 9 des dispositions préliminaires. <i>Locus regit actum</i> . Loi anglaise. Renvoi par la loi anglaise à la loi du pavillon, loi italienne	265
--	-----

§ 15 bis. — Commentaire.

Erreur de droit du jugement. Application de la théorie du renvoi par voie de simple affirmation	266
---	-----

§ 16. — Cour d'appel de Milan du 15 juin 1899.

Action en divorce de ressortissants hongrois. Loi nationale. Son fondement est l'extension du principe idéal du milieu juridique étranger en faveur de l'étranger.

Loi hongroise s'opposant à ce transfert idéal en Italie du milieu juridique hongrois. L'objection que ce divorce ne produira ses effets qu'en Italie est vaine, car on ne peut donner force exécutoire à une décision qu'on n'a pas le droit de rendre	267
--	-----

§ 16 bis. — Commentaire.

Arrêt des plus remarquables. Examen de l'étendue des règles de conflit de la <i>lex fori</i> et de celles de la loi de l'étranger par rapport au statut personnel. Rapprochements des art. 3 et 6 établit compétence des tribunaux italiens dans les affaires touchant le statut personnel de l'étranger. Mais si l'art. 6 admet l'extension du milieu juridique étranger, il ne l'impose pas. L'extension ne se produit que si la loi étrangère le désire elle-même. Liaison des idées du respect dû à la personne humaine et du pouvoir de commandement	269
---	-----

§ 17. — Arrêt de la Cour d'appel de Gênes du 15 avril 1904.

Succession testamentaire d'un italien. Meubles situés en Italie, immeubles en Perse. Art. 7, reconnaissance du pouvoir de commandement territorial. Mais l'art. 8, même contraire à la <i>lex rei sitæ</i> , garde toute sa vigueur. Son texte est clair et précis. Le juge ne doit pas usurper la fonction du législateur.	272
---	-----

§ 17 bis. — Commentaire.

Nécessité de suivre à la lettre l'art. 8. Transposition en droit international privé de l'idée du droit interne sur l'unité de patrimoine. Le caractère d'une institution en droit interne détermine le régime auquel elle sera subordonnée en droit international privé. Doctrine de M. Bartin.	274
Argument malencontreux de l'absence de réciprocité	274

§ 18. — Cour d'appel de Rome du 1^{er} décembre 1905.

Capacité d'une femme ressortissant de la République de San Marino. La loi italienne veut apprécier l'acte d'un étranger, comme s'il avait été accompli dans le pays dont cet étranger est ressortissant. Rejet des règles de droit international privé du droit étranger. 276

§ 18 bis. — Commentaire.

1. Art. 6 s'inspire de l'intérêt public italien et non de l'intérêt des particuliers. — 2. N'intéressant que le commerce juridique sur le territoire italien, cette règle devrait n'avoir qu'une portée strictement territoriale. — 3. Elle doit donc prévaloir sur celle de la loi étrangère. Application de la loi nationale. Critique : L'ordre public comme base de l'art. 6, contraire à la tradition italienne. 277

§ 19. — Cour d'appel de Bologne du 4-13 juillet 1908.

Succession d'un Américain. *Common law* fait régir succession mobilière par la loi du domicile. Ce renvoi est écarté par le juge italien. Si on l'admettait, il faudrait que le domicile des ressortissants américains soit considéré comme tel par le droit américain 281

§ 19 bis. — Commentaire.

Liaison entre les théories du renvoi et des qualifications. Insuffisance des motifs de l'arrêt. Erreur sur la prétendue admission du renvoi par le droit américain 282

§ 20. — Cour de cassation de Rome du 18 mai 1909.

Statue sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Bologne de 1908. Art. 8 prescrit l'application de la loi nationale du *de cujus* abstraction faite des règles de conflit de la loi étrangère. Pour la détermination du domicile et de la loi du domicile, prise en considération non du domicile où est le centre des affaires, mais le domicile établi en vue du changement de nationalité. 283

§ 20 bis. — Commentaire.

Distinction entre le droit étranger interne et ses règles de droit international privé qui doivent s'effacer devant celles de la *lex fori*. Pas d'indication quant à la portée des règles de conflit de la loi étrangère. Application de la loi du domicile à titre de loi quasi-nationale. 284

§ 21. — Tribunal civil de Florence du 23 juin 1918.

Succession de Savage Landor, ouverte en Italie.

Validité d'un acte de légitimation *per subsequum matrimonium* par un sujet britannique. Détermination du sens exact des termes de l'art. 6. Nécessité d'observer le droit de l'Etat britannique, Etat fédéré, et non celui en vigueur dans une de ses parties. Validité de la légitimation subordonnée à la loi du domicile. Ce n'est pas une application du renvoi, condamné par une certaine jurisprudence. La règle du domicile est une règle de droit interne. Nécessité d'appliquer la loi nationale de l'étranger, comme l'aurait fait les juges de son pays. — Application de la même règle aux successions . . .

285

§ 21 bis. — Commentaire.

Situation de fait habituelle à beaucoup de litiges. Argumentation inattendue de l'avocat du demandeur. Il y a diverses lois territoriales britanniques dont le conflit est régi par des règles qui sont nécessairement de droit interne. Mais identité de la règle interne touchant à la loi du domicile avec celles de droit international privé. Equivoque qui subsiste de ce fait dans le jugement. Fondement de l'obligation de juger comme l'auraient fait les juges anglais. Admission du renvoi. Art. 6 et 8 ne sont pas considérés comme impératifs.

288

§ 22. — Cour d'appel de Florence du 23 janvier 1919.

Appel du jugement du Tribunal de Florence de 1918. Art. 6 des dispositions préliminaires fait appel non aux lois particulières de l'Empire Britannique, mais au principe réglant cette question pour tout l'Empire et lui appliquant la loi du domicile. De même pour l'art. 8 concernant la légitime, application de la *lex rei sitæ*. Impossibilité de faire abstraction de la forme d'un Etat. Le principe qui règle à l'intérieur d'un Etat le conflit de ses diverses législations, fait partie de la loi nationale. Les règles de droit international privé sont des règles de droit interne. — Objection tirée du caractère impératif des art. 6 et 8 n'admettant pas le renvoi est inutile s'agissant dans l'espèce de l'application de la loi nationale. Esprit libéral de la législation à l'égard des étrangers résidant dans le Royaume. Impossibilité de lui refuser l'application de la loi italienne dans l'hypothèse qui lui est favorable. Application de la *lex rei sitæ* à la succession se trouvant en Italie . . .

293

§ 22 bis. — Commentaire.

Attribution du caractère de règle interne au principe de règlement des conflits entre diverses législations territoriales

de l'Empire Britannique. Mais l'identité de ce principe avec celui réglant les conflits entre législations étrangères ne suffit pas pour donner à ce dernier le caractère de règle de droit interne aussi. Les appelants faisaient la même erreur en sens inverse en concluant de l'identité des règles de droit international privé avec les règles de droit interne, au caractère international de celles-ci. Historiquement les règles du conflit sont de droit interne. Mais cette règle interne transposée dans le domaine international, ne changerait-elle pas de nature? Flottement de la Cour sur ce point. Tout en adoptant les considérations d'équité émises par le Tribunal, la Cour amplifie sa pensée; caractère libéral des art. 6 et 8, idée des statuts favorables et des statuts odieux.

303

§ 23. — Cour de cassation de Naples du 5 janvier 1920.

Succession d'un sujet britannique, ouverte à Naples. Lien d'allégeance à l'égard de l'Etat britannique; pas de loi successorale britannique uniforme, mais principe subordonnant la succession immobilière à la *lex rei sitæ* et les meubles à la *lex domicilii*. Art. 8 impose application de ce principe. Mais cette application n'implique pas le renvoi, car ce principe a le caractère de règle interne dans l'Empire Britannique. Si la loi britannique doit être appliquée dans son ensemble, si elle est en conflit avec une loi tierce, elle ne peut pas prévaloir contre les règles d'ordre public italien, dont l'art. 8. Cependant les juges italiens chargés de juger ne peuvent appliquer que le droit britannique interne et non les règles de conflit

308

§ 23 bis. — Commentaire.

Respect dû à la personne humaine comme fondement d'application de la loi étrangère. Pas de droit uniforme dans l'Empire Britannique en matière successorale, mais un principe général réglant la diversité des lois. Application de ce principe même en droit international privé n'implique pas l'admission de la théorie du renvoi. Bien que de caractère mixte ce principe est surtout une règle de droit interne. La Cour ne conclut pas de l'identité matérielle de deux règles à l'identité de leur nature juridique. Acceptation de la *Weiterverweisung*. Rejet du renvoi à la *lex fori*. Caractère d'ordre public international des règles de conflit de la *lex fori*. Les juges italiens ne pourront plus juger comme l'auraient fait les juges britanniques. La Cour dénie sa propre doctrine et reverse débat dans la banalité

311

§ 24. — Cour d'appel de Florence du 28 juin 1927.

Partage. Biens successoraux sis en Italie et en Belgique. Principe d'unité et d'indivisibilité absolue de la masse successorale. L'art. 8 déroge à l'art. 7 concernant l'empire de la *lex rei sitæ*. Fondement rationnel de cet article et conformité à la volonté présumée du défunt. Application de l'art. 8 sans égard aux règles de conflit de la loi étrangère. Il est impossible d'admettre que le législateur ait voulu subordonner la décision des magistrats à l'efficacité dont elle pourrait jouir dans les différents Etats. La loi italienne exclut pour le juge italien la faculté de tenir compte des règles de droit international privé d'une loi étrangère. — La règle *tot hereditates quot territoria* n'est pas une règle de droit international, mais la conséquence de l'existence de souverainetés indépendantes.

317

§ 24 bis. — Commentaire.

La théorie du renvoi n'est qu'un cas particulier du problème de l'autorité des règles de droit international privé de la loi étrangère. Refus de toute autorité à ces règles. Argument de lettre et l'esprit de l'art. 8. Unité de succession en droit interne doit réfléchir sur son régime en droit international privé. La Cour efface la distinction du droit interne et des règles du droit international privé, quant au droit italien et veut ignorer l'influence sur les problèmes juridiques internationaux de pouvoir de commandement étranger.

Si la loi italienne est considérée comme un tout, pourquoi en serait-il autrement de la loi étrangère ? Comment admettre qu'un Etat puisse fixer souverainement les limites de sa propre souveraineté ?

326

§ 25. — Cour de cassation du Royaume du 19 décembre 1931.

Succession d'un citoyen italien, domicilié à Buenos-Aires où se trouve la majorité des immeubles, l'autre se trouvant en Italie. Compétence du Tribunal de Turin quant à la partie se trouvant en Italie. Compétence générale s'agissant d'un Italien. Juridiction, émanation de la souveraineté. — Succession, émanation de la personnalité du citoyen au delà de la vie.

S'agissant d'un Italien, loi applicable est la loi italienne.

La loi nationale régissant la personne peut entrer en conflit avec les diverses *leges rei sitæ*. Principe d'unité de la succession et en conséquence d'unité de loi. Aucun principe de droit international n'empêche un Etat de légiférer par rapport aux biens situés dans un autre Etat. D'ailleurs les termes de la loi italienne s'imposeraient, même si un tel principe existait.

	Pages
C'est au législateur et non au juge à s'occuper de l'inefficacité éventuelle du jugement à l'étranger. Art. 8 renforcé par art. 11 du projet du Code civil italien. Argument inutile tiré de la réciprocité prétendue de la conception de l'ordre public . .	330

§ 25 bis. — **Commentaire.**

Interprétation de l'art. 8. — Art. 94 fonde la compétence du Tribunal concernant le partage des biens se trouvant en Italie. Comment peut-on dès lors affirmer le principe d'unité de succession ? Mais par rapport à un italien les juridictions italiennes, émanation de la souveraineté italienne, sont toujours compétentes en matière successorale.

Conflit des lois. Application de l'art. 8. Aucun principe de droit international n'y met obstacle.

Conception unilatérale de la souveraineté. Argument de l'art. 11 du C. civ. italien. Analyse insuffisante de la notion de la loi en droit international privé est la base de la conception erronée de l'arrêt	335
---	-----

VU : *Le Président,*
G. RIPERT.

VU : *Le Doyen,*
EDGARD ALLIX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

SORTI DES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE BARNÉOUD
= LAVAL (FRANCE) =

